

Utilisation des documents électroniques

UNIVERSITÉ DE NEUCHATEL. — FACULTÉ DE DROIT

LE TESTAMENT

EN

DROIT MUSULMAN

(Secte Chyite)

PRÉCÉDÉ D'UNE INTRODUCTION

SUR LES

SOURCES DU DROIT MUSULMAN

THÈSE PRÉSENTÉE

PAR

M. MOSSADEGH

A la Faculté de Droit de l'Université de Neuchâtel
le 1er Mai 1914
Pour obtenir le grade de Docteur

PARIS
Librairie Ancienne & Moderne
GEORGES CRÈS ET Cie
ÉDITEURS
116, Boulevard Saint-Germain, 116

1914

THÈSE POUR LE DOCTORAT

La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel autorise la publication de la présente thèse. *Selon l'usage*, elle ne donne ni approbation, ni improbation aux opinions émises ; ces opinions devant être considérées comme propres à leur auteur.

NEUCHATEL, le 11 juin 1914,

Le Doyen de la Faculté de droit,

MECKENSTOCK

A MA MÈRE,

Hommage de reconnaissante affection

ABRÉVIATION

D. M. S. C. : *Droit Musulman Secte Chyite*,

PRÉFACE

L'étude que l'on va lire sur le Testament en droit musulman, secte chyite, est un premier essai d'étude systématique du droit qui régit la grande majorité des Persans. Nous ne nous dissimulons nullement les lacunes et les imperfections de notre travail, d'autant plus que le droit en vigueur dans la secte chyite, religion officielle de la Perse, n'a été, jusqu'à ce jour, l'objet d'aucune étude approfondie de la part des Européens. Nous nous sommes donc vus dans l'impossibilité de renvoyer le lecteur à un ouvrage qui le renseignât sur les origines historiques du droit de la secte chyite. Dans ces conditions, nous avons été amenés à faire une introduction assez longue sur les sources du droit musulman. Cette introduction se justifie à nos yeux pour deux raisons :

1°). Presque tous les auteurs qui ont écrit des ouvrages sur le droit musulman les ont intitulés : Etude du droit musulman ; mais aucun, ou peu s'en faut, ne nous

indique à quelle secte se rapporte le droit dont il parle. Or, l'existence de diverses sectes a entraîné des différences assez considérables dans le droit des différents peuples de l'Islam. Du reste, les sectes elles-mêmes se divisent à leur tour en divers rameaux, qu'on appelle des rites, et bien que d'un rite à l'autre ce soient surtout les pratiques religieuses qui diffèrent, on peut aussi noter des différences dans les institutions juridiques.

2). La plupart des Européens s'imaginent volontiers que le droit musulman est basé uniquement sur le Coran. Pour eux, qui dit droit musulman, dit aussi droit coranique. Mais lorsqu'on fait des recherches dans le Coran, on s'aperçoit que cet ouvrage ne renferme en aucune façon des prescriptions sur toutes les matières du droit et que certaines institutions y sont traitées d'une manière plus que sommaire, en un verset ou deux. En réalité, le droit musulman connaît d'autres sources que le Coran ; mais les différentes sectes n'ont pu se mettre d'accord à leur sujet ; parmi ces sources les unes, admises ici, sont rejetées ailleurs ; ou bien, restreintes à des limites étroites dans une secte, elles occupent une place prépondérante dans une autre.

Ces deux raisons nous ont amenés à faire précéder notre étude du testament d'une introduction sur les sources du droit musulman. Il sera possible ainsi de se rendre compte d'où nous avons tiré les théories que nous exposons, et de les vérifier, puisqu'à l'heure actuelle, on

ne peut étudier le droit musulman qu'en remontant directement aux sources.

Nous nous sommes aperçus après coup, que cette introduction prenait une importance considérable et hors de proportion avec le sujet de notre thèse. Nous avons néanmoins pris notre parti de cette disproportion, tout en réduisant au strict nécessaire, pour qu'elles soient comprises, certaines parties de cette introduction. Nous avons estimé que mieux valait accepter un défaut dans l'ordonnance de notre sujet, que d'exposer des doctrines dont personne ne pût vérifier la provenance dans notre droit.

INTRODUCTION

LES SOURCES DU DROIT MUSULMAN

§ 1. — Historique.

Au moment de l'apparition de l'Islamisme, les habitants de la Mecque composaient la grande tribu des Goreichites. Celle-ci se subdivisait elle-même en plusieurs tribus au sens restreint de ce terme ; parmi ces dernières, deux étaient plus connues que les autres, les tribus Abou Sofyan et Bani-Hachem. Mohammed, le fondateur de l'Islam, né en 571, mort en 632 de l'ère chrétienne, appartenait à la seconde de ces tribus. De bonne heure il fut orphelin ; son père, Abdollah, mourut avant sa naissance et il avait 6 ans au moment de la mort de sa mère, Améné. Son grand-père, et après lui son oncle Abou Taleb, prirent soin de lui et l'élevèrent.

A l'âge de 41 ans, Mohammed se déclara Prophète, élu de Dieu. C'était en 612.

On sait que le fondateur de l'Islam ne fut pas, comme Jésus-Chrit, un chef religieux seulement, mais aussi un chef politique. Pendant 10 ans, après qu'il se fût déclaré Prophète, soit de 612 à 622, il fit la guerre sainte contre les habitants de la Mecque, en particulier contre les membres de la tribu Abou-Sofyan, afin de leur faire abandonner l'idolâtrie. Après la mort de son oncle, Abou Taleb qui lui avait constamment prêté son aide, le Prophète dut quitter la Mecque pour aller s'installer à Médineh. C'était en 622 (1).

---

(1) C'est à partir du jour où Mohammed a quitté la Mecque que les Musulmans comptent les années. C'est à ce moment-là que commence l'ère de l'Hégire. D'après l'ère chrétienne, il s'est écoulé, en réalité, depuis lors jusqu'en 1914, 1292 ans ; tandis que les Musulmans en sont à l'année 1332. Il y a donc une différence de 40 ans entre la date actuelle de l'ère musulmane, et celle qu'on obtient, en soustrayant 622 de l'année de l'ère chrétienne. On ne se rend pas toujours compte de cette erreur lorsqu'on transpose des dates de l'ère musulmane, en dates de l'ère chrétienne. C'est pourquoi il nous a paru intéressant de rechercher la cause de cette erreur.

Une fois que les Arabes eurent conquis la Perse, ils introduisirent dans ce pays, leur langue, leur calendrier et l'alphabet sémitique, avec le Coran. Ceux des Persans qui avaient voulu garder leurs anciennes religion (la religion de Zoroastre) et civilisation, s'étaient transportés en Inde, où actuellement encore ils sont plus avancés que les adeptes des autres religions. Selon une statistique de 1891, ils étaient à cette date au nombre de 89904 dont 23 °/. seulement illettrés, alors que le nombre des illettrés, chez les adeptes des autres religions de l'Inde, était à ce moment là beaucoup plus considérable : ainsi les Musulmans comptaient le 92,9 °/. d'illettrés, les Hindous brahmaniques, le 89,5 °/., les chrétiens eux-mêmes, le 65,7 °/. (Grande Encyclopédie, tome 20 page 683 au mot « Inde ». Par contre, ceux qui étaient restés en Perse, admirent presque tous, ce que les Arabes voulurent leur imposer, pendant les deux cents ans où la Perse fut sous la domination des Khalifes. Lorsque la domination arabe eut pris fin, les Persans voulurent reprendre leur ancienne langue ; mais comme on avait perdu le souvenir de certains mots, pour lesquels tous les documents faisaient défaut, parce qu'ils avaient été brûlés par les Arabes, on se résigna à employer les mots arabes correspondants, pour les rempla-

Il fit alors à trois reprisea différentes la guerre aux habitants de la Mecque, et dans ces trois guerres, le fils d'Abou Taleb, Ali, combattit à ses côtés. C'est à la suite de ces campagnes qu'il convertit les habitants de la Mecque.

---

cer. (Zoka-el-Molk, histoire de la Perse, page 233). Nous ne croyons pas d'ailleurs, que la disparition des documents y relatifs, fût la seule raison, qui obligea à admettre des mots arabes. Car à supposer que la Perse ait voulu rétablir son ancienne langue intégralement, ou à peu près, elle l'aurait très bien pu. Si les documents manquaient pour certaines matières, ils ne faisaient en tout cas pas défaut, en ce qui concerne le calendrier. A la raison que donne l'historien Zoka el Molk, pour expliquer l'adoption de mots arabes dans la langue persane, nous ajoutons l'habitude, qui a joué ici un grand rôle. Les Persans n'ont pas voulu se donner la peine d'apprendre les mots de leur langue, oubliée, à ce moment-là, et ils se sont contentés des mots arabes, d'un usage courant, qui se sont implantés alors d'une façon définitive. Ce sont les poètes qui ont contribué surtout à la reprise de l'ancienne langue persane, mais soit pour enrichir la langue, soit pour la rendre plus éloquente, eux non plus n'ont pas voulu abandonner complètement l'arabe. Si l'ancienne langue persane obtint partiellement gain de cause à ce moment-là, on conserva par contre, dans le peuple, le calendrier lunaire arabe surtout à cause des pratiques religieuses nouvelles qui exigeaient le maintien de ce calendrier. D'autres facteurs aussi entrèrent en ligne de compte, sinon on aurait pu se borner à garder le calendrier arabe, comme calendrier religieux, et on aurait pu reprendre l'ancien calendrier persan, rectifié par le Sultan Djalaleddine Malekchah de la dynastie des Seldjoukides (1078 de l'ère chrétienne) comme calendrier civil.

Toutefois, l'Etat persan introduisit le calendrier solaire dans lequel le 1er jour du mois de hamal, premier jour du printemps, correspond toujours exactement au 21-22 Mars du calendrier grégorien ; ce jour est le premier de l'année financière pour l'Etat persan. L'année, dans ce calendrier administratif a la même longueur que chez les Européens, c'est l'année de 365 366 jours ; tandis que dans le calendrier lunaire arabe, l'année ne compte que 355 jours et quelques heures.

L'Etat a adopté le calendrier solaire, parce que son intérêt le lui commandait ; en effet, au lieu de payer les appointements annuels des fonctionnaires tous les 355 jours, il ne le fait que tous les 365 jours, les contribuables y ont trouvé leur compte pour le payement de l'impôt foncier, car avec le calendrier solaire, eux aussi ne paient qu'une fois pour 365 jours, au lieu de 355, et ce paiement revient toujours à la même saison correspondant avec les productions de la terre.

Comme le calendrier lunaire subsistait pour l'usage courant, l'Etat, en

Plus tard, il fit encore de nombreuses guerres contre les peuplades de l'Arabie qui n'admettaient pas l'Islam, afin de les convertir à cette doctrine.

Pendant les 10 ans qu'il passa à la Mecque, en qualité de Prophète (612 à 622), Mohammed n'exerça pas encore une action législative décisive ; son influence ne dépassait pas le cercle de ses adeptes, encore très peu nombreux. Mais une fois à Médineh, et en possession du pouvoir

---

adoptant le calendrier solaire, s'est borné à corriger les mois au fur et à mesure de l'écoulement du temps, mais sans modifier pour autant la computation des *années qui continue à se faire* selon le système arabe. Chaque année de l'ère musulmane commence ainsi en Perse, non pas le premier jour du mois du calendrier administratif, mais le premier jour du mois de Moharram, d'après *le calendrier lunaire arabe. On n'a donc pas* corrigé la date des années, mais seulement la durée des mois, pour les besoins de l'administration. De là provient la différence de 40 années qui s'est produite au cours des siècles, et qui *explique pourquoi l'ère musulmane* se trouve aujourd'hui en l'année 1332, alors qu'il ne s'est écoulé, en réalité, que 1292 ans de 365 jours, depuis que le Prophète a quitté la Mecque.

Malheureusement, du défaut de concordance entre les mois arabes chez le peuple, et les mois du calendrier solaire en usage dans l'administration, résultent de perpétuels conflits en matière juridique, principalement dans *le calcul des intérêts*. Il arrive souvent, lorsqu'on signe une reconnaissance de dette, que l'on fixe la date de la manière suivante : « Ainsi fait le premier Moharram (mois du calendrier lunaire), qui correspond au 15 *Hamal (calendrier solaire)* » ; au moment de l'échéance, le prêteur déclare qu'il veut compter les intérêts d'après le calendrier arabe, c'est-à-dire en comptant l'année à 355 jours, alors que l'emprunteur entend, *lui, la compter à 366 jours selon le calendrier solaire*. Or, pour une période de 3 ans, cela fait une différence d'un mois entier d'intérêts. Il en résulte des conflits incessants qui seraient évités facilement si l'on se décidait, comme nous le préconisons, à conserver *le calendrier* lunaire arabe pour les besoins religieux seulement, et à adopter le calendrier solaire, pour toutes les relations de la vie courante.

Remarquons en terminant que les conflits que nous avons signalés ci-dessus se retrouvent en Turquie, et dans tous les pays qui ont adopté le calendrier arabe, dans les relations entre Européens et indigènes, les premiers usant du calendrier grégorien solaire et les seconds du calendrier lunaire arabe.

suprême, il exerça toutes les prérogatives de la souveraineté absolue et du sacerdoce. Dès lors, son action législative ne se trouva plus confinée dans le domaine religieux, mais elle s'étend au domaine politique et juridique. C'est de ce jour que date l'union étroite de la religion et du droit chez les peuples musulmans.

§ 2. — Les sources originaires du droit musulman.

(Le Coran et le Sonnat)

Le droit musulman a été révélé par le Prophète ; tant que Mohammed vécut, deux sources contribuèrent à le former :

1° La première, le Coran, est d'origine divine. Selon la doctrine islamique, le Coran renferme tout ce que Dieu a dit au Prophète par l'intermédiaire de son ange ; c'est la « Révélation » que Mohammed a transcrite fidèlement pour l'usage du corps social de l'Islam (*ommet*). Le Coran renferme, comme on sait, non seulement des principes juridiques et religieux, mais aussi des récits, de la morale, des menaces, des promesses de récompense, etc.

2° La seconde source est le Sonnat. Ce sont les paroles et les actes du Prophète lui-même, ou ceux d'autres personnes, que le Prophète a approuvés expressément ou tacitement. On appelle aussi cette source la « Conduite du Prophète » (1).

---

(1) Dans la secte sunnite on connaît 6 recueils relatant la conduite du Prophète ; nous ne citerons que les deux plus anciens :

1° Djameos-Sahih, œuvre de Bokhari, mort en l'an 870 de l'ère chré-

Aussi longtemps que vécut te fondateur de la religion musulmane, la formation de plusieurs sectes au sein de l'Islam fut impossible, car la présence du Prophète lui-même conférait l'unité nécessaire à sa doctrine. Mais à sa mort la situation change; les Musulmans ne peuvent s'entendre sur la personne du successeur de Mohammed, et l'on voit apparaître diverses sectes qui ont subsisté jusqu'à nos jours.

Actuellement il existe 230 millions de Musulmans, divisés en quatre sectes :

1) Secte sunnite, dont la doctrine a été adoptée comme religion officielle de la Turquie.

2) Secte chyite ; religion officielle de la Perse.

3) Secte ébadite, dont les habitants de Mascate et de Zanzibar constituent les adeptes (1).

4) Secte wahabite dans le centre de l'Arabie.

Ces deux dernières sectes ne sont pas importantes, et leurs doctrines sont mal connues. La 4e, celle des Wahabites, nie le caractère sacré de Mahomet. Elle est apparue au XVIIIe siècle seulement. Tandis que les autres Musulmans voient dans le Coran une œuvre divine, un véritable miracle, la plus belle œuvre qui ait jamais été créée sous le rapport de la langue, les Wahabites nient cette perfec-

tienne. Cette œuvre a été traduite en français par Houdas sous ce titre: « Traditions islamiques » 3 volumes.

2° Sahihé Moslem, œuvre de Moslem de Neichabour, ville de la province de Korassan en Perse, mort en 875 après Jésus Christ.

(1) O. Houdas. *Islamisme*, p. 240.

tion et croient qu'on pourrait créer quelque chose de plus parfait encore. Cette secte s'éloigne tant de l'orthodoxie musulmane qu'on peut presque la qualifier d'hérétique. Du reste, elle ne s'est guère étendue en dehors du centre de l'Arabie.

Nous nous bornerons à examiner ici les sources du droit dans les deux grandes sectes, sunnite et chyite. Cette étude est importante au premier chef, car si ces deux sectes présentent des différences essentielles dans leurs institutions juridiques, cela tient au seul fait qu'elles n'admettent pas les mêmes sources pour leur droit respectif, et ce désaccord provient lui-même des luttes qui se sont déroulées entre Musulmans pour reconnaître le successeur du Prophète.

§ 3. — Les sources du droit dans la Secte sunnite.

Cette secte donne comme successeurs à Mohammed, 4 khalifes justes qui sont :

1) Aba-Bakre, beau-père du Prophète. Il était le père d'une de ses femmes, Aiché. Selon les Sunnites, il a succédé directement à Mohammed et a régné de 632 à 634.

2) Omar, le deuxième khalife, a régné de 634 à 652.

3) Osman, 652-655, était le gendre du Prophète ; il avait épousé sa fille, mais celle-ci mourut avant 632, c'est-à-dire avant la mort du Prophète ; Osman fut lui-même assassiné en 655.

4) Ali qui, toujours selon les Sunnites, régna de 655 à 660. Il était fils d'Abou Taleb et, par conséquent, cousin du Prophète, mais il devint aussi son gendre en épousant une de ses filles, qui survécut à son père.

Ces successeurs immédiats de Mohammed : Aba-Bakre, Omar, Osman et Ali, ainsi que les jurisconsultes sunnites de cette époque, ont donné naissance à deux sources nouvelles du droit dans cette secte. La nécessité de ces sources nouvelles ne se fit pas sentir tant que vécut le Prophète ; le Coran et le Sonnat suffisaient alors à tous les besoins ; Dieu, par une Révélation, pouvait à son gré abroger, remplacer ou compléter telle disposition insuffisante ; c'est l'ensemble de ces Révélations successives qui forme le Coran. D'ailleurs, le Prophète lui-même, pendant sa vie, pouvait, même sans révélation, par sa « Conduite », compléter ou supprimer telle disposition imparfaite. Mais à la mort de Mohammed, on fut obligé de recourir pour les besoins nouveaux à deux nouvelles sources du droit, l'opinion unanime et l'analogie légale. Ces sources dépendent d'ailleurs des deux premières qui gardent toute leur importance.

1) L'opinion unanime des jurisconsultes (*idjmaa*) est une source du droit, lorsqu'il s'agit de décisions rendues par les trois premières générations de personnes qui suivirent celle du Prophète. Son objet était de créer de nouvelles règles juridiques qui ne fussent pas en contradiction avec le Coran et le Sonnat. Voici les décisions que l'on fait rentrer dans cette source :

a) Décisions des 4 premiers khalifes, lorsqu'elles ont été confirmées par les personnages de l'époque, compagnons du Prophète ou autres personnes connaissant bien le Sonnat, c'est-à-dire la conduite du Prophète, soit pour avoir vécu avec lui, soit pour avoir entendu raconter sa conduite par ses compagnons. Voici un exemple de ces décisions : Dieu avait ordonné, dans le Coran, que les rapports sexuels illégaux entre personnes non mariées fussent punis : « que l'homme et la femme qui ont pratiqué la fornication fussent frappés chacun de 100 coups de bâton ». Le Prophète ajouta l'exil à cette peine. On appliqua ces règles sous le khalifat d'Omar ; il arriva qu'un homme se rendit coupable de fornication, il fut exilé, après avoir reçu la bastonnade. Mais il se réfugia en pays chrétien, et abjura la religion musulmane. Pour empêcher le retour de faits semblables, le khalife modifia, par idjmaa, la disposition concernant ce délit et supprima la peine de l'exil. Il ne fonda pas cette modification sur le seul motif qu'une telle mesure était utile à l'Islam, mais il l'appuya sur la parole du Prophète, qui a ordonné de modifier les lois suivant les nécessité des temps (1).

(1) Sawas Pacha : La théorie du droit musulman, Tome I, p. 41.

Remarquons que ces décisions des 4 premiers khalifes n'émanaient, en réalité, que d'eux seuls : l'approbation des compagnons du Prophète était toujours obtenue en fait, puisque les 4 khalifes étaient à la fois souverains religieux et politiques, et par conséquent tout puissant. D'ailleurs, observons encore, que cette approbation par idjmaa était superflue, si la parole, attribuée au Prophète, qu'il faut modifier les lois suivant les nécessités des temps, est exacte. Car alors il suffisait qu'une règle juridique fut nécessitée par les circonstances pour qu'elle se justifiât sans qu'il y eût lieu de se préoccuper si cette règle était en contradiction avec le Coran et le Sonnat.

b) Décisions des personnes (jurisconsultes) de la 2e génération, c'est-à-dire des personnes qui ont connu des compagnons du prophète.

c) Décisions des personnes (jurisconsultes) de la 3e génération, c'est-à-dire de celles qui avaient connu des personnes appartenant à la 2e génération. Là s'arrête le domaine de l'opinion unanime en tant que source du droit dans la secte sunnite. La légitimité de l'Idjmaa est basée sur cette parole du Prophète : « Pas d'erreur, là où le corps social de l'Islam est d'accord ». « *La tadjtaméo ommati alal khata* ». Quant à la détermination de la période pendant laquelle l'Idjmaa a valablement créé du droit, on l'a tirée de cette autre parole du Prophète : « Le plus heureux siècle est mon siècle, c'est-à-dire celui des hommes au milieu desquels je vis ; après ce siècle vient celui qui suit ; après celui-là vient encore celui qui lui succède ; après cela, il n'y a plus rien de bon » (1).

2) L'analogie légale. C'est la 2e source dépendante et la 4e source principale du droit islamique (secte sunnite). On peut en donner la définition suivante : C'est l'opération par laquelle les jurisconsultes assimilent un fait nouveau à un autre fait, dont la portée a déjà été appréciée par la loi, et qui lui est semblable. L'analogie légale consiste donc à extraire la raison, le motif déterminant, qui a fait adopter telle solution par le droit, et à montrer que cette raison déterminante peut être appliquée par

1) Sawas Pacha op. cit : Tome 1, p. 39.

analogie à un autre problème, dont le droit ne s'est pas occupé jusque-là, et qu'il s'agit de résoudre.

Par exemple, le Coran ne parle nulle part de l'eau-de-vie qui était inconnue en Arabie à l'époque du Prophète. Par contre, il prohibe formellement l'usage du vin.

Les jurisconsultes ont admis qu'il y avait une analogie entre l'eau-de-vie et le vin, parce que l'eau-de-vie, comme le vin, provoque l'ivresse ; ils ont décidé d'appliquer à l'eau-de-vie par analogie légale les dispositions prohibitives concernant le vin.

La secte chyite n'admet pas l'analogie légale comme source du droit. Les raisons qui ont motivé son exclusion nous paraissent être les suivantes :

1. Il peut arriver que les sources principales du droit, le Coran et le Sonnat, énoncent clairement le motif qui a inspiré au législateur tel principe juridique. Ainsi supposons qu'au lieu de dire : « L'usage du vin est illicite », Dieu ait dit dans le Coran : « L'usage du vin est illicite, parce qu'il produit l'ivresse ». Dans cette supposition, le motif de l'interdiction est renfermé dans le verset du Coran lui-même ; c'est ce qu'on appelle en arabe « *ghiassé mansousol ellet* », c'est-à-dire motif contenu dans la disposition elle-même.

En présence d'une telle disposition, on devrait admettre, sans aucun doute, que Dieu n'a pas interdit le vin seulement, mais toutes les boissons qui produisent l'ivresse. On n'aurait donc nullement besoin dans cette

supposition de recourir à l'analogie légale pour interdire l'usage de l'eau-de-vie.

2. Dans le cas que nous avons examiné ci-dessus, c'est la source principale elle-même qui donnait le *motif*, la raison d'être, de telle disposition et qui dispensait de recourir à l'analogie légale. Un autre exemple va nous faire voir encore pourquoi la secte chyite n'admet pas cette dernière sonrce du droit.

Avant l'institution du divorce, le mari pour répudier sa femme, devait s'adresser à elle en prononçant la phrase suivante : « Que ton dos soit désormais pour moi comme le dos de ma mère ». Une fois cette parole prononcée, la répudiation était accomplie, et il ne pouvait plus en aucun cas reprendre la même femme. La fille de Talaba, répudiée par cette formule, vint trouver Mohammed et lui demanda s'il ne lui était plus permis de rester avec son mari qui, en dépit de la répudiation, ne l'obligeait pas à quitter la maison. Mohammed répondit que cela n'était pas possible. La femme désespérée se plaignit à Dieu de son sort, et le verset suivant fût alors révélé au Prophète : « Dieu a entendu la parole de celle qui a parlé chez toi « contre son mari, et qui a élevé des plaintes vers lui ; « il a entendu vos entretiens, car Dieu entend et voit « tout. Ceux d'entre vous qui répudient leur femme en « disant qu'ils les regarderont comme leur mère (elles « ne sont pas leurs mères, leurs mères sont celles qui « les ont enfantés), proferent une parole blâmable et une

« fausseté. Ceux qui répudient leur femme avec cette « formule de séparation perpétualle, et raviennent ensuite « sur leur parole, affranchiront un esclave avant qu'il « y ait une nouvalla cohabitation. Celui qui ne trouvera « point de captif à racheter jeûnera deux mois de suite « avant qu'il y ait cohabitation entre les daux époux « séparés, et s'il ne peut supporter ce jeûne, il nourrira « soixante pauvres » (1).

Si l'on pouvait admettre l'analogie légale, disent les Chyites, lorsqu'un mari dit à sa femma « Que ton *corps* soit comme la corps de ma mère », cette parole devrait valoir à plus forte raison comme répudiation, puisque la formule ordinaire « Que ton dos soit comme le dos de ma mère » entraîne la répudiation et que le dos n'est qu'une partie du corps. Or il n'en est pas ainsi, et seule la formula qui emploie le mot dos entraîne la répudiation et l'application des versets du Coran que nous avons cités. Il est donc impossible d'admettre l'analogie à plus forte raison (« *ghiasé be tarighé ovlà* »), selon l'expression arabe, comme source du droit musulman.

3. Les Sunnites prétendent encore que l'analogie légale doit être admise comme source du droit, parce que, à défaut d'indications précises, la raison permet de constater le motif qui a inspiré telle ou telle institution au législateur. Ainsi, selon eux, si Dieu dit : « L'usage du vin est illicite, » la raison nous enseigne le motif de cette

(1) Coran. Chapitre LVIII, versets 1. 2. 4. et 5.

interdiction qui est d'éviter l'ivresse. L'eau-de-vie doit donc être interdite à son tour, par analogie, car cette interdiction empêchera des cas d'ivresse. On appelle ce raisonnement en arabe « *Ghiasé mostafad ol ellet* » ; c'est celui qu'on emploie lorsque le motif d'une disposition légale n'est pas contenu dans la disposition elle-même, mais peut être constaté par la raison.

La secte chyite n'admet pas cette constatation d'un motif par le raisonnement, parce qu'il existe une foule d'institutions juridiques pour lesquelles la raison humaine est impuissante à invoquer un motif déterminant. C'est le cas pour l'interdiction de manger du porc par exemple. Et d'ailleurs, ajoutent les Chyites, il se peut que le motif fourni par la raison humaine comme cause de ces dispositions ne soit pas le bon, et dans ce cas il serait dangereux d'appliquer ce motif par analogie, car on risquerait d'agir directement contre la volonté du législateur. Ainsi, selon les Chyites, si l'interdiction de l'eau-de-vie se justifie, ce n'est pas à cause d'une analogie avec l'interdiction du vin, c'est bien plutôt parce que les 12 successeurs du Prophète dont les paroles et les actes constituent le Sonnat dans la Secte chyite, comme nous le verrons (1), ont déclaré eux-mêmes que l'ivresse est le véritable motif de l'interdiction du vin, et ont interdit l'eau-de-vie pour la même raison. Dès lors comme le Sonnat lui même interdit l'eau-de-vie, il n'y a plus be-

(1) Voir ce qui concerne le Sonnat dans la Secte chyite, p. 33 et suiv.

soin d'établir une analogie entre cette boisson et le vin, et il convient d'interdire toute boisson qui a les mêmes effets, c'est-à-dire toute boisson qui provoque l'ivresse ; on raisonnera de même pour toute autre disposition du droit.

En résumé, le droit musulman découle de 4 sources principales, pour les partisans de la secte sunnite :

SOURCES PRINCIPALES INDÉPENDANTES :

1. Le Coran.
2. La Conduite du Prophète.

SOURCES PRINCIPALES DÉPENDANTES.

3. L'Opinion unanime.
4. L'analogie légale.

Outre ces 4 sources principales, cette secte connait 16 sources accessoires, que nous appelons sources dérivées, parce qu'elles dérivent des sources principales. En réalité, ce ne sont pas des sources proprement dites du droit, elles sont en effet dans un rapport de dépendance trop étroit à l'égard des sources principales, pour qu'on puisse les isoler.

Citons à titre d'exemple l'une de ces 16 sources : les législations qui ont précédé l'Islamisme. L'admission de ces législations comme source accessoire du droit musulman, repose sur un verset du Coran qui dit : « Suis avec « rectitude la voie tracée par Abraham, voie qui est le « commencement de toute législation. Le Coran se trou-

« ve certainement dans les pages antérieures, les pages « d'Abraham et de Moïse; nous vous racontons la con- « duite des Prophètes antérieurs afin que vous y confor- « miez vos actions. ».

Mais, pour que les législations antérieures au Coran aient valeur de source légale, deux conditions sont nécessaires :

1. Qu'il soit démontré par la parole de Dieu ou par la conduite du Prophète que telle ou telle disposition fait effectivement partie de ces législations.

2. Qu'il soit prouvé de la même façon, que ces dispositions n'ont pas été révoquées, soit par une disposition postérieure de la législation d'où elles sont tirées, soit par une disposition de la loi musulmane. La nécessité de satisfaire à ces deux conditions résulte clairement de la conduite du Propbète et de celle des 3 générations de Musulmans qui ont exercé l'autorité législative.

Ainsi, la question de savoir si la peine du talion devait être appliquée à la femme qui s'est rendue coupable d'un crime, de même qu'à l'homme, qui paie le crime de sa vie, fut posée à l'Iman Ebou-loussef (1) qui appartenait à la 2e génération. L'Iman répondit affirmativement et fonda sa réponse sur un verset du Coran qui dit : « Nous avons écrit dans la Bible et nous avons déclaré absolument obligatoire, qu'une vie doit être punie de mort en lieu et place de la vie dont elle a

(1) Elève de Abou Henifé, chef du rite hanéfite, voir page 23.

provoqué la mort ». Par conséquent, dans tous les cas où une disposition des législations antérieures à l'Islamisme a été invoquée par le Coran, on considérera cette disposition comme nne source accessoire du droit musulman.

§ 4. — Evolution historique des Sources du Droit dans la Secte sunnite.

Le droit musulman, tel qu'il existe actuellement dans la Secte sunnite, s'est développé au cours de 3 périodes distinctes, suivant en cela l'apparition successive des diverses sources :

I. 1re période. Vie du phrophète. C'est l'époque où le droit procède de la Révélation (Coran) et de l'inspiration (Sonnat). Le législateur, envoyé de Dieu, est souverain : il crée, modifie ou abroge les lois comme bon lui semble.

II. 2e période. Elle comprend le règne des 4 premiers khalifes Aba-Bakre, Omar, Osman et Ali. Dans cette période, théoriquement tout au moins, le législateur n'est pas souverain ; mais comme le khalife réunit entre ses mains les pouvoirs temporel et spirituel, en fait, il est tout puissant. C'est l'époque où apparaissent les deux sources principales dépendantes : l'Idjmaa (opinion unanime) et le Ghias (analogie légale). Le but de l'Idjmaa, opinion unanime des jurisconsultes des 3 premières générations de Musulmans, était principale-

ment de faire connaître exactement la conduite du Prophète, et d'en préciser le sens et la portée. C'est surtout grâce à la réuninn, dans les mêmes mains, des pouvoirs politique et religieux, que le droit a pu se développer dans cette 2[e] époque, beaucoup plus que dans la 3[e], dont nous allons nous occuper.

III. 3[e] période. Elle coïncide avec le règne de la dynastie Abbasside. On sait qu'à la mort d'Ali, le 4[e] khalife, la dynastie Omméyade usurpa le khalifat, et resta au pouvoir pendant 89 ans. Pendant cette période-là, le droit islamique ne s'est pas développé dans la secte sunnite, car les khalifes omméyades délaissaient le point de vue juridique et religieux de l'œuvre du Prophète et ne s'inquiétaient que des côtés politiques de cette œuvre. C'est ainsi qu'ils négligèrent l'application du Coran et du Sonnat, et qu'en Syrie, on continua à se conformer à la législation établie sous le régime impérial de Byzance (1).

Mais une fois que la dynastie des Abbassides, qui succéda aux Omméyades, arriva au pouvoir, les recherches sur la tradition religieuse reprirent, et on s'efforça de fixer non seulement les croyances religieuses, mais aussi toutes les questions d'ordre juridique. Différents jurisconsultes se livrèrent à ces travaux, d'une manière tout à fait orthodoxe, mais indépendamment les uns des autres. Quatre de ces juriconsultes sont particulièrement célèbres ; mais, comme chacun d'eux travaillait pour lui seul, il en

---

(1) Sawas Pacha : Théorie du droit musulman, Tome I, page 97.

résulta quatre interprétations différentes et originales du Coran, qui d'ailleurs restent orthodoxes. Ce sont ces interprétations qui sont le point de départ des 4 rites entre lesquels la secte sunnite partage ses adhérents. Ces quatre jurisconsultes sont :

1° Abou-Hénifé qui vécut de 80 à 150 de l'ère musulmane (767 à 819 ap. J.-C.). C'est le fondateur et le chef du rite hanéfite, et c'est lui qui donna naissance à l'école de ce nom.

2° Malek, 91 à 179 de l'Hégire (709 à 795, ère chrétienne). C'est le fondateur du rite Malékite.

3° Chafé, 150 à 204 de l'Hégire (767 à 819), fondateur du rite Chaféïte.

4° Henbel, né en 164, mort en 241 (780 à 855) chef du rite Henbelite.

Les principes fondamentaux de ces quatre rites sont les mêmes pour tous ; si ces rites diffèrent entre eux, en ce qui concerne les pratiques religieuses et les institutions juridiques, c'est uniquement parce que ces quatre jurisconsultes ont employé des méthodes d'interprétations différentes. Remarquons que tous ces jurisconsultes appartenaient à la 2e et à la 3e générations musulmanes, car ils ont tous vécu entre l'avènement du 2e khalife abbasside, Mansour (754 ap. J. C.) et la mort du 5e khalife, Haroun al Raschid (809).

Or, dès Haroun al Raschid, dans la secte sunnite, les jurisconsultes ne peuvent plus créer le droit par opinion

unanime, puisque les 3 générations (1) dont l'opinion avait de la valeur ont disparu à ce moment-là. La porte de l'effort législatif (2) est donc fermée à ce moment-là, selon l'expression arabe.

L'opinion unanime permettait d'ailleurs non seulement d'interprèter les règles déjà établies, mais encore de créer de nouvelles institutions ; c'est elle qui a imaginé, par exemple, le contrat de mosaraba (contrat de commande). Une fois les 3 générations, dont l'opinion créait le droit, disparues, la seule source qui subsista, théoriquement tout au moins, fut l'analogie légale.

Celle-ci n'a pas besoin d'être pratiquée par un khalife orthodoxe ; un savant quelconque, à la condition de posséder l'Idjtehad (3), ou en d'autres termes d'être « modjtehed », eût le droit de faire usage de l'analogie légale. Mais cette source ne peut créer des principes nouveaux ; elle se borne à compléter, d'une manière très relative d'ailleurs, la législation, là où elle est insuffisante.

---

(1) Voir page 14.

(2) Par effort législatif, on entend la faculté de créer de nouvelles règles de droit qui ne soient pas en opposition avec les règles déjà créées par le Coran et le Sonnat. L'autorité de ce moyen législatif est tirée de la *conduite du Prophète en une occasion spéciale*, rapportée par la tradition. On raconte que Mohammed avait dit à Moaz Ebné Djabal, qu'il envoyait comme gouverneur au Yemen : « Comment jugeras-tu les différends qui seront portés devant ton tribunal ? » Moaz répondit : « En appliquant la parole de Dieu ». « Et si tu n'y trouves pas de dispositions applicables au cas qu'on te soumettra ? » ajouta le Prophète. « J'aurai alors recours à la conduite de son prophète ». « Et si elle ne te suffit pas ? ». « Alors je ferai de l'effort législatif (*idjtehah*) répondit Moaz. — Sawas pacha : Théorie du Droit musulman. Tome I, p. 43.

(3) Voir note 2 ci-dessus.

Ce que nous venons de dire est juste en théorie, mais pratiquement, il n'en fut pas ainsi, et on est d'accord, dans la secte sunnite, pour admettre que, dès la fin du IIIe siècle de l'Hégire, c'est-à-dire après les 4 jurisconsultes, fondateurs des quatre rites de cette secte, aucun jurisconsulte n'est arrivé à un degré suffisant de connaissances (*idjtehad*) pour pratiquer l'analogie légale (1).

§ 5. — **Les Sources du droit dans la secte chyite.**

Cette secte admet que le successeur immédiat du Prophète fut, non pas Aba Bakre, comme le prétendent les Sunnites, mais Ali, cousin du Prophète en même temps que son gendre, que les Sunnites reconnaissent comme 4e successeur. La secte chyite fonde cette opinion sur plusieurs arguments que nous allons passer en revue.

1. Tout d'abord elle invoque le Coran. On sait que la rédaction du Coran ne fut pas faite sous le Prophète lui-même, et les Sunnites sont d'accord avec la secte chyite sur ce point. Nous ne pouvons entrer ici dans le détail de l'histoire de la rédaction du Coran, cela nous entraînerait trop loin. Il nous suffira de dire que, d'après les Chyites, c'est le Coran lui-même qui avait désigné Ali comme successeur immédiat du Prophète ; mais Osman, le 3e khalife reconnu par les Sunnites, aurait supprimé la partie du Coran renfermant la nomination d'Ali au

(1) Houdas, l'Islamisme p. 185.

khalifat, qui se trouvait contenue dans le chapitre IV du Coran. Le verset 3 de ce chapitre, tel que nous le connaissons actuellement, est en ces termes : « Si vous craignez de n'être pas équitable envers les orphelins... n'épousez parmi les femmes qui vous plaisent que deux, trois ou quatre.

Si vous craignez encore d'être injuste, n'en épousez qu'une seule (1) ».

---

1. A propos de ce texte, qui admet la polygamie, il nous paraît intéressant de faire quelques réflexions au sujet de cette institution.

A notre avis, le Christianisme n'est en droit de faire aucun reproche à l'Islamisme, en ce qui concerne sa conception du mariage. Le *Coran* n'a pas créé et institué la polygamie, comme on le croit volontiers ; au contraire, il a limité le nombre des femmes que peut épouser un même homme, nombre qui était illimité avant lui.

Du reste, de nos jours, les classes instruites ont compris qu'on devait établir l'égalité morale entre les sexes. Or, si l'on envisage qu'une femme ne doit appartenir qu'à un seul homme, et ne pas avoir de relations avec plusieurs, il est juste aussi qu'un homme n'ait de relations qu'avec une seule femme. Du reste, on a reconnu, que, même indépendamment de ce point de vue moral, le mariage polygamique a de fâcheuses conséquences sociales. Le plus souvent la femme ne pourra supporter d'avoir des rivales et, dans son exaspération, elle en viendra facilement au suicide ou à l'assassinat de son mari, comme cela s'est vu assez souvent. Puis le mariage polygamique à de fâcheux inconvénients au point de vue des enfants. Ces derniers vivent plus souvent entre eux en ennemis qu'en parents et en amis ; presque toujours, la discorde règne entre les enfants issus de mères différentes, surtout lorsqu'on en vient au partage des biens du père.

Un exemple typique de l'évolution qui se produit actuellement dans le monde musulman dans la conception du mariage, c'est que le Schah, détrôné le 7 juillet 1909, n'avait qu'une seule femme.

D'ailleurs, si le droit musulman n'a pas interdit la polygamie, il a établi dans l'intérêt même des femmes, des conditions si rigoureuses qu'il est impossible à un homme de les observer toutes, et qu'on en viendra nécessairement à la monogamie si on veut les observer. Mais les polygames ont fermé les yeux sur les obligations qui leur étaient imposées, et ils n'ont retenu que la permission qu'on leur accordait, de prendre plusieurs femmes. Pour défendre leur point de vue, ils se servent d'arguments dont il est facile de montrer l'inanité.

« *Va en kheftom alla toghsetou fel yatama .... fankehou ma tabe lacom menan nessaë, masna va solase va robae, fa en kheftom alla taadelou fa vahedataa* ».

I. Argument de l'équité. Il y a dans le monde, disent les partisans de la polygamie, plus de femmes que d'hommes ; or l'équité exige que les femmes ne restent pas sans mari, il est donc juste qu'un même homme ait plusieurs femmes. A cet argument, il est facile de répondre que nous ne possédons pas encore de statistiques sur le nombre exact des hommes et des femmes vivant dans le monde. Il peut arriver dans certains pays que le nombre des femmes dépasse celui des hommes, mais dans d'autres, au contraire, ce sont les hommes qui sont les plus nombreux. C'est le cas en particulier aux Indes, où sur 287 millions d'habitants, le nombre des hommes dépasse celui des femmes de 6 millions (Grande Encyclopédie, mot « Inde » Tome XX, p. 683). Si nous voulions être justes et admettre l'argument dit de l'équité, il faudrait dire que dans tous les pays où le nombre des hommes dépasse celui des femmes, c'est la polyandrie qu'on doit instituer.

Il n'est pas sans intérêt de noter que la polyandrie existe encore à l'heure actuelle dans diverses régions de l'Inde sous deux formes :

A. Le matriarchat. Le mari dans cette organisation n'est pas attaché à sa femme ; les enfants de cette dernière sont étrangers à leur père, et entrent dans la famille de leur mère. Il en résulte qu'une femme peut, sans inconvénient, avoir plusieurs époux. Cette organisation se rencontrait chez les tribus Nayar, habitant la côte des Malabares ; d'ailleurs, aujourd'hui encore dans ces tribus, les successeurs d'un homme ne sont pas ses enfants, mais les enfants de sa sœur.

B. Le fraternat. C'est le système selon lequel une femme peut avoir des relations sexuelles avec les frères cadets de son mari, tant qu'ils ne sont pas mariés. Les enfants issus du mariage sont réputés fils de tous les frères. On rencontre cette organisation dans le territoire de Kachmir, dans la tribu de Toda, dans les tribus thibétaines de l'Himalaya, dans la tribu Djat-Jat (Pendjab) et dans la tribu de Santal (Bengale). (Renseignements fournis par Ardechirji Edulji, agent des Parsis de l'Inde à Téhéran. Voir aussi : Encyclopedia Britanica, Sociology, par Herbert Spencer).

II. Argument tiré de l'intérêt de l'Islam. Les partisans de la polygamie prétendent encore que cette organisation favorise la procréation, et contribue ainsi à augmenter le nombre des adeptes de l'Islam, dans une plus grande proportion que ne le ferait la monogamie. Il doit en résulter que l'Islam finira par l'emporter sur les autres religions. Cet argument n'est pas convaincant le moins du monde, car si la polygamie avait vrai-

Non seulement cette phrase, telle que nous l'avons traduite, n'a aucun sens, mais d'après les règles grammaticales de l'arabe, il est absolument impossible, après une proposition conditionnelle, d'avoir une tournure de phrase pareille à celle de la 2[e] proposition. Il en résulte que ce texte est tronqué et, selon les partisans de la secte chyite, c'est à cet endroit que le khalife Osman a supprimé ce qui se rapportait dans le Coran à la succession du Prophète, lequel avait en réalité désigné Ali pour lui succéder.

2). Pour établir le droit d'Ali à la succession directe du Prophète, les Chyites s'appuient en second lieu sur la volonté de Mohammed lui-même. Les traditions

---

ment les effets qu'on lui prête, les pays islamiques devraient être surpeuplés à l'heure actuelle, ce qui n'est malheureusement nullement le cas. On a au contraire constaté bien souvent que les femmes d'un mari polygame n'ont pas autant de soins pour leurs enfants que les autres ; le mari lui-même ne s'occupe pas suffisamment d'eux ; il en résulte que la mortalité infantile est très grande dans les pays qui admettent la polygamie. Au reste, même si les unions de cette espèce contribuaient à augmenter, dans une plus grande mesure que les autres, le nombre des adeptes de l'Islam, il n'en résulterait pas nécessairement le triomphe des Musulmans sur les autres peuples ; car le plus grand nombre ne l'emporte pas nécessairement sur le plus petit. Ainsi l'Angleterre entretient aux Indes environ 73,000 soldats anglais qui maintiennent sous la domination britannique près de 300 millions d'habitants, parmi lesquels 57 millions de Musulmans. Le nombre à lui seul ne veut donc rien dire, et une foule de facteurs entrent en jeu pour établir la suprématie d'une religion ou d'un peuple sur un autre.

Il est enfin contraire à la doctrine religieuse de prétendre que la polygamie est voulue de Dieu lui-même. La loi de Moïse et le droit islamique procèdent en effet, de l'aveu même des Musulmans, d'une source divine commune, comment pourrait-on dès lors expliquer que le même Dieu dans les mêmes régions ait voulu pour les uns la polygamie et pour les autres la monogamie. On a vu, du reste, que le Coran n'a pas créé la polygamie, au contraire, il a limité le nombre des femmes, qui était illimité avant lui, chez le peuple arabe.

racontent que, dans le dernier pèlerinage fait par le prophète de Médineh à la Mecque, il arrêta un jour la caravane sur le chemin du retour et qu'il la rassembla autour de lui. C'est alors que, monté sur un tas de bâts de chameaux, il prit son gendre Ali par la ceinture, et l'élevant aux regards de tous, il dit : « A tous ceux pour qui j'étais chef, que celui-ci soit aussi chef. » La Secte chyite invoque cet incident, et proclame qu'Ali est le véritable successeur du Prophète.

3). Enfin les Chyites déclarent qu'Ali devait succéder à Mohammed, même s'il n'y avait pas eu de texte en sa faveur, pour trois raisons :

a) D'abord c'est le père d'Ali, Abou Taleb, oncle du Prophète, qui a pris soin de ce dernier pendant toute sa jeunesse, et qui lui resta fidèle jusqu'à sa mort ; puis Ali lui-même, dans la suite, fut le premier adepte de l'Islam après Mohammed, et il combattit avec le Prophète dans toutes les guerres qu'il entreprit.

b) Puis, les Chyites avancent en faveur d'Ali, qu'il appartenait à la famille même du Prophète dont il était le cousin germain.

c) Enfin, la fille du Prophète, Fatémeh, qu'Ali avait épousée, était encore vivante à la mort du Prophète, alors que tous ses autres descendants étaient déjà morts à ce moment-là.

La secte chyite voit dans toutes ces raisons une démons-

tration suffisante de la volonté du Prophète d'avoir Ali pour successeur.

Pour combattre les arguments invoqués par les Chyites, les Sunnites prétendent qu'Ali, au moment de la mort du Prophète, était trop jeune pour pouvoir lui succéder ; et pourtant, il avait à ce moment-là 33 ans. Enfin, ils avancent un autre argument que voici. Ali, disent-ils, fut sans doute la première personne qui accepta l'Islamisme après le Prophète, et Aba-Bakre ne vient qu'au second rang ; mais en fait, c'est l'adhésion de ce dernier qui l'emporte, car Ali, au moment où il adopta la nouvelle religion, n'avait que 13 ans, il était donc mineur, et l'acte d'un majeur doit toujours l'emporter sur celui d'un mineur. Il en résulte qu'Aba-Bakre seul pouvait prétendre au khalifat.

Après Ali, la Secte chyite reconnaît comme successeurs du prophète, onze descendants d'Ali lui-même, qui n'ont d'ailleurs pas tous été au pouvoir, en raison de l'occupation du khalifat par les Ommeyades d'abord, puis par les Abbassides. On considère néanmoins dans la Secte chyite que ce sont les descendants d'Ali qui lui ont succédé, et que les autres ne furent que des usurpateurs. On admet encore, dans cette secte, que le onzième successeur d'Ali disparut en 938 après J. C., sans désigner personne pour lui succéder. Parmi ces onze successeurs, il en est un surtout qui a beaucoup légiféré, et auquel on attribue le plus grand nombre de traditions de Sonnat de la Secte chyite, c'est le 6e successeur du Prophète,

Imam-Djafar Sadegb, qui fut comtemporain d'Abou-Hénifé, chef du rite Hanéfite dans la secte sunnite.

C'est à cause du rôle important joué par Djafar dans la création des traditions islamiques, que la Secte chyite porte aussi le nom de secte Djafarite. En résumé, la secte sunnite reconnaît comme successeurs immédiats du prophète, les 4 khalifes : Aba-Bakre, Omar, Osman et Ali ; dans la secte chyite au contraire, Ali, le 4ème khalife des Sunnites, est le successeur immédiat du Prophète et après lui viennent ses descendants. C'est à cause de ces divergences au sujet de la succession du Prophète, que les sources du droit diffèrent en grande partie dans ces deux sectes.

Nous avons vu précédemment que la Secte sunnite connaît quatre sources principales du droit : Le Coran, le Sonnat, l'opinion unanime et l'analogie légale, ces deux dernières dépendant des deux premières. Dans la Secte chyite, on n'admet pas l'analogie légale, pour les raisons indiquées plus haut ; par contre, on connaît aussi les 3 autres sources principales qui portent le même nom que dans la Secte sunnite, mais qui, de l'avis des jurisconsultes, n'ont pas la même portée. Enfin, la Secte chyite connaît une source spéciale inconnue aux Sunnites, la raison humaine.

I. — Le Coran.

Nous avons vu déjà, à propos de la Secte sunnite, ce que représente le Coran ; nous avons dit également qu'une

partie en a été supprimée par Osman, au dire des Chyites.

Dès le xe siècle de l'ère chrétienne et jusqu'au commencement du xixe siècle, certains jurisconsultes ont admis une théorie assez curieuse au sujet du Coran. Ils prétendaient que ce livre, différant entièrement, par sa nature même, des autres ouvrages humains, ne peut être compris de tout le monde ; seul le Prophète et ses douze successeurs ont pu en connaître le véritable sens.

D'après cette théorie, à chaque verset du Coran doit donc correspondre une tradition, c'est-à-dire un commentaire, une glose, émanée du Prophète ou de ses successeurs ; quant aux passages privés de ces explications, ils ne sauraient être compris à l'heure actuelle, et leur véritable sens nous reste caché. Pour défendre leur point de vue, ces jurisconsultes tiraient un argument d'une parole du prophète, transmise par la tradition, qui déclare : « Celui à qui le Coran a été révélé connaît le Coran ».

« *Ennama Jaarefol Ghorane man khoutébé beh* ».

Un autre argument consistait à prétendre qu'il est impossible de comprendre le Coran par nous-mêmes, du moment que certaines parties de son texte nous manquent, et que certains versets peuvent avoir été abrogés ou complétés, dans les passages que les Sunnites ont supprimés et dont nous ignorons le contenu.

Les partisans de cette théorie sont appelés les traditionalistes (Akhbarillines). On leur opposait les Ossoulillines, qui combattaient leur doctrine. Dès le commence-

ment du xixe siècle, les traditionalistes ont quitté la Perse et sont allés s'établir à Basrah, en Mésopotamie et aux Indes.

Selon les traditionalistes, tout ce qui n'était pas expressément permis par la tradition était défendu, de telle sorte qu'il leur eût été impossible d'admettre, par exemple, la construction des chemins de fer que ne prévoit pas la tradition. Il est donc heureux, pour l'avenir économique de la Perse, qu'ils se soient transportés dans un autre pays. En opposition à cette doctrine, les Ossoulillines déclarent que tout ce qui n'est pas expressément interdit, est licite.

II. — Le Sonnat.

Dans la Secte sunnite, le Sonnat, ce sont les paroles et les actes du Prophète et l'approbation tacite ou explicite par le Prophète des actes d'autres personnes. Les successeurs de Mohammed, les 4 premiers khalifes, ne pouvaient pas créer le Sonnat; leurs opinions faisaient partie de l'opinion unanime des jurisconsultes (*Idjmaa*).

Dans la Secte chyite, au contraire, le Sonnat ne prend pas fin à la mort du Prophète, il continue jusqu'à son 12e successeur. Car ce n'est pas le caprice des partisans de la Secte chyite, qui a conféré le titre de successeurs du Prophète à Ali et à ses onze descendants, mais selon les adeptes de cette secte, c'est le Coran, puis Mohammed, qui appelèrent Ali à la succession de l'Envoyé de Dieu. La

secte chyite ne prétend pas, sans doute, que toutes ces personnes ont eu la Révélation comme le Prophète, puisque le Coran prend fin à la mort du Prophète et que seul il est l'expression de la Révélation divine. Par contre, on admet, chez les Chyites, que les successeurs de Mohammed et sa fille ont reçu, sinon la Révélation, du moins l'inspiration divine. Par conséquent, dans la Secte chyite, ce sont les paroles et les actes du Prophète, de sa fille Fatémeh, d'Ali son gendre et des onze descendants de ce dernier, et l'approbation tacite ou explicite des actes d'autrui par tous eeux-là, qui constituent le Sonnat (1).

Notons toutefois que l'approbation tacite ou explicite des actes d'autrui par les successeurs du Prophète, ne peut être prise en considération, que si ceux-ci ont manifesté leur volonté librement. En effet, plusieurs d'entre eux ne vécurent pas en liberté, mais tombèrent aux mains des Ommeyades, et pour ceux-là, l'approbation tacite, ou même explicite, des actes d'autrui, qui n'étaient pas conformes à l'esprit de l'Islam, n'est pas valable, tant qu'ils n'avaient pas la faculté d'agir librement et sans contrainte.

---

(1) Voici les noms des jurisconsultes qui ont écrit des recueils des traditions islamiques, *c'est-à-dire du Sonnat, dans la Secte chyite.*

(a) Mohamad, fils de Iaghoub, fils de Ishagh-Koleini-Elrazi, mort en 329 de l'Hégire (941 ap. J.-C.).

(b) Mohamad, fils de Hossein, fils de Moussa, fils de Babeveih de Koum (ville située au sud de Téhéran) mort en 381 (990 ap. J.-C.).

(c) Mohamad, fils de Hassan, fils de Ali, mort en 467 (1068 ap. J. C.).

(d) Mohamed, fils de Bagher, fils de Movla-Mohamad-Taghi, mort en 1110 (1699 ap. J.-C.).

Les jurisconsultes ont distingué diverses catégories de traditions, basées sur l'authenticité plus ou moins évidente de ces traditions. On tient compte dans cette classification de la manière dont les traditions ont été rapportées et nous sont parvenues.

On distingue quatre espèces de traditions :

1) Les traditions justes : *Akhbare-sahihé* ; ce sont celles qui ont été rapportées par des hommes réunissant toutes les qualités prévues par les jurisconsultes, et appartenant à la secte chyite.

2) Les traditions moyennes : *Akhbare-hassane*, transmises par des partisans de la secte chyite, mais qui ne réunissaient pas toutes les autres qualités exigées pour la transmission des traditions justes.

3) Les traditions appelées : *Akhbare-movasseghe*. On comprend sous ce nom les traditions transmises par des hommes qui n'appartenaient pas à la secte chyite, mais qui, dans leur secte, étaient considérés comme des hommes de confiance.

4) Les traditions faibles : *Akhbare Zaïfé* dans lesquelles on peut faire rentrer toutes les traditions transmises par des personnes n'appartenant pas aux trois premières catégories.

En général, d'ailleurs, les jurisconsultes de la secte chyite n'ont donné aucune importance aux traditions de la troisième espèce, de sorte que le Sonnat de la Secte sunnite, qui s'identifie avec cette catégorie de traditions,

n'est pas valable dans la secte chyite, si ce n'est toutefois pour les traditions communes aux deux sectes.

III. LA RAISON HUMAINE (*Aghle*).

Cette source du droit est propre à la secte chyite.

D'après la théologie musulmane, c'est la raison seule qui nous a amenés au monothéisme et c'est elle encore qui donne la clef de la religion et du droit musulmans. On part de l'idée que la création et tout ce qu'elle renferme, supposent un Créateur; c'est là un postulat de la raison. Une fois le Créateur admis, on déclare qu'entre cet Être tout-puissant et infini et nous-mêmes, créatures bornées et faibles, un intermédiaire est nécessaire pour transmettre les ordres de ce Créateur. On admet donc la nécessité d'un envoyé de Dieu.

L'apparition d'un prophète est ainsi un événement naturel et nécessaire. Il n'est pas désigné par une élection ou par un tirage au sort, mais il se révèle lui-même aux hommes, et s'impose par des miracles et autres manifestations surnaturelles, symbole de sa mission divine.

De cette doctrine, il résulte que la raison est à la base de toutes nos croyances, et qu'elle existait bien avant la croyance en l'existence d'un Dieu unique. Mais cette raison n'est pas toute-puissante, et le rôle de l'intermédiaire (Prophète), entre Dieu et les hommes, consiste justement à préciser et à développer les notions que la raison nous avait inculquées. C'est lui qui nous révèle la nature

du Créateur, et les attributs qui lui sont propres ; il formule les raisons qui doivent nous guider pour éviter les conséquences funestes de nos actes, il nous enseigne à faire le bien, en nous promettant le Paradis, et à nous garder du mal, de crainte de l'Enfer. Toutes ces données, fournies par le Prophète, venant s'ajouter à ce que la raison humaine nous avait enseigné, forment la matière de la théologie et du droit musulmans.

Pour arriver au point où nous en sommes, nous avons fait, avant tout, usage de la raison ; c'est elle qui nous a enseigné l'existence d'un Créateur, et qui nous a révélé la réalité de la puissance surnaturelle de son Prophète.

Mais ici s'arrête l'unité dans la doctrine musulmane, et il convient de distinguer maintenant l'application que les deux grandes sectes de l'Islam font de la raison :

I. La Secte sunnite déclare que la raison se borne à nous révéler l'existence de Dieu et de son Prophète, mais qu'elle ne va pas au delà ; car celui qui connaît Dieu et son Prophète, n'a plus besoin de sa raison pour le diriger. La Secte sunnite n'est pas arrivée directement à cette conception. Avant la formation des 4 rites orthodoxes de cette Secte, on avait deux écoles diamétralement opposées.

La première, celle des Achaéré, était l'école ultraconservatrice. Son chef est Hassan-el-Basri. Ce savant était d'avis que, moralement, la beauté et la laideur n'ont aucun caractère propre, mais sont des effets de l'ordre du

législateur, c'est-à-dire qu'une action est belle parce que Dieu l'a recommandée, laide, parce que Dieu l'a défendue. La beauté et la laideur ne deviennent donc des qualités appliquées aux actions humaines qu'en vertu de la loi émanée de Dieu. La raison humaine ne joue aucun rôle dans cette qualification ; elle n'est qu'un instrument, qui nous fait comprendre les arrêts de Dieu, lorsqu'ils confèrent aux actions humaines des qualités de beauté ou de laideur morale.

La deuxième école est celle des Motazalés, c'est l'école des savants dissidents contemporains de Hassan-el-Basri ; les dissidents affirment que la beauté et la laideur sont inhérentes à la nature de chaque action, qu'elles ne sont point l'effet de la législation, ni établies par elle.

La législation, disent-ils, ordonne une action parce qu'elle est belle en elle-même, de sa propre nature. La beauté et la laideur procèdent de la raison humaine qui en est la cause et le juge. La raison nous oblige à considérer les choses comme telles, malgré le silence de la loi. Dieu a le devoir d'ordonner aux hommes les actions qui leur sont avantageuses et salutaires (1).

Les quatre rites orthodoxes de la Secte sunnite ont accepté la théorie de la première école, celle d'Hassan-el-Basri, et aujourd'hui l'opinion régnante dans la Secte sunnite peut se résumer comme suit : « L'existence de la Création et de l'homme font que nul n'est excusable

(1) Sawas Pacha. La théorie du droit musulman. Tome 1, 2e partie, p. 158.

d'ignorer l'existence de Dieu, tandis que l'homme est excusable d'ignorer les dispositions de la loi, jusqu'au moment où le législateur les lui fait connaître par les ordres dont l'ensemble forme la législation » (1).

La loi révélée par Dieu, étant seule apte à distinguer le juste de l'injuste en vertu de cette théorie, la Secte sunnite ne peut admettre la raison humaine comme source du droit. C'est à cause de cela que la porte de l'effort législatif (*idjtehad*) est fermée chez les Sunnites, selon l'expression arabe (2).

II. La Secte chyite, elle, voit dans la raison humaine une source du droit. Elle connait à cet égard deux manifestations de la raison :

1) La raison inspirée, telle que l'ont seuls connue le Prophète, sa fille et les 12 successeurs (*aghle fetri*). Cette raison est inhérente à la nature de ceux qui en jouissent. Leur jugement est infaillible, ils ignorent l'erreur ; tout ce qu'ils disent est conforme à la raison. Pour le Prophète et ses successeurs, on n'a donc pas à se demander si telle parole est véridique ou non ; toute parole d'eux est l'expression de la raison même, puisque Dieu lui-même l'inspire.

2) De cette raison inspirée, il faut distinguer la raison humaine proprement dite, celle qui est départie à peu près également à tous les hommes.

---

(1) Sawas Pacha, op. cit. Tome 1, 2e partie, p. 162.
(2) Voir page 24, ainsi que la note à ce sujet.

On peut distinguer deux degrés dans son application :

a. La raison s'applique d'abord à des vérités qui ne nécessitent aucune démonstration, aux axiomes par exemple (*aghle badihi ou aghle zarouri*). Ces principes là sont admis à priori par notre raison, leur vérité s'impose, ils sont l'évidence même. Il en est ainsi, par exemple, de l'axiome qui déclare toute fraction plus grande que l'entier. C'est là une vérité évidente pour la raison de tout être humain (1).

b. La raison s'applique encore à démontrer des vérités qui ne sont pas évidentes ; un raisonnement plus ou moins compliqué peut seul nous amener à connaître ces vérités. Elles ne sont pas le résultat d'une intuition, elles ne s'imposent pas à l'esprit ; il est nécessaire de faire appel à des notions connues antérieurement pour les démontrer (*Aghlé-Nazari*). Ainsi lorsqu'on conclut de l'existence de la Création à l'existence d'un Créateur, on fait appel à un procédé, à un raisonnement. Cette vérité ne s'impose pas à notre esprit à priori.

Au point de vue des Sources du droit, la Secte chyite estime que la croyance à un seul Dieu et à la manifestation de sa volonté dans la loi, ne met pas fin pour autant à l'exercice de la raison humaine. Seulement, cette raison ne s'applique pas avec une égale efficacité à toutes

(1) Il n'est pas inutile de faire remarquer que cette division de la raison humaine explique selon nous l'attitude des jurisconsultes à l'égard des *sources du droit*. Mais nous ne prétendons pas qu'elle ait une valeur scientifique.

nos connaissances, et c'est pourquoi nous avons distingué deux degrés dans son application par le commun des mortels, indépendamment du Prophète et de ses successeurs, qui eux, bénéficient de l'Inspiration divine dans l'exercice de la raison.

Comment faudra-t-il dès lors décider lorsqu'un ordre du législateur, contenu dans le Coran ou le Sonnat se trouve en conflit avec la raison humaine à l'un ou à l'autre de ses degrés. La question n'est pas facile à résoudre, et vaut la peine d'être examinée.

Pour les vérités du premier degré, celles qui ne nécessitent pas l'emploi du raisonnement, on admet, lorsqu'elles sont en contradiction avec l'ordre du législateur, qu'elles doivent l'emporter sur cet ordre. Il est d'ailleurs bien rare et, à notre avis, presque impossible que le législateur se mette en conflit avec des vérités de cet ordre. Mais ces conflits sont plus fréquents lorsqu'il s'agit de vérités moins évidentes, c'est-à-dire des vérités du 2e degré qui ne s'imposent pas d'emblée à l'esprit. Deux doctrines contradictoires sont en présence pour résoudre ces conflits.

Selon la première doctrine, la raison humaine doit toujours l'emporter sur l'ordre du législateur. Les partisans de cette théorie invoquent plusieurs exemples pour la justifier ; nous allons en exposer un. « Votre Seigneur est ce Dieu qui créa les Cieux et la terre en 6 jours et s'assit ensuite sur le trône pour traiter les affaires de l'Univers » dit le Coran au chapitre 10, verset 3. Partant de cette parole, les partisans de cette théorie

font le raisonnement suivant : Si Dieu est assis sur un trône, c'est qu'il est matière. S'il est matière, il a besoin d'une place dans l'Univers. Cette place existait nécessairement avant la création opérée par Dieu. Par conséquent Dieu n'a pas tout créé. Mais comme la raison étudiée dans la théologie prouve péremptoirement que Dieu est le Créateur de toutes choses, il en résulte que le verset du Coran que nous avons cité est contraire à la raison humaine.

La conséquence que les partisans de cette doctrine tirent de cette démonstration et d'autres semblables, c'est que toutes les fois que l'ordre du législateur est en opposition avec la « raison étudiée », cette dernière doit l'emporter.

La 2me doctrine reconnaît la justesse de l'exemple développé ci-dessus, mais elle en restreint la portée et prétend ne l'appliquer qu'à la théologie, où la raison doit l'emporter lorsqu'elle est en conflit avec la parole de Dieu. Par contre, elle n'admet pas que la raison l'emporte en matière juridique. Car ici, le législateur peut avoir tenu compte, en instituant telle ou telle règle, d'éléments qui échappent à la raison humaine. L'homme peut se tromper, le législateur ne se trompe pas. On peut comparer l'homme, dans ses rapports avec le législateur, à un malade qui jouit de toute sa raison et qui, faisant usage de celle-ci, se fait soigner par un médecin qu'il choisit librement. Mais, une fois ce choix arrêté, la raison du malade abdique devant la volonté du

médecin, et ce sont les prescriptions de ce dernier qui prévaudront dans l'emploi des remèdes ; car le médecin est plus capable d'en juger que les raisonnements du patient. Il en est de même en matière juridique, aux yeux des partisans de la 2e doctrine. La raison humaine préexiste, mais une fois qu'elle a arrêté son choix sur tel ou tel législateur, elle doit se soumettre à lui et ne pas vouloir continuer à lui dicter ce qu'il a à faire.

Toutefois, il serait possible, à notre avis, de pousser la comparaison ébauchée ci-dessus plus loin et de dire : lorsqu'un malade s'adresse à un médecin, ce dernier ne règle pas la vie de son patient jusque dans ses moindres détails, mais il lui prescrit un traitement déterminé, et pour le surplus, c'est au malade à diriger sa vie au mieux de ses intérêts, en usant de sa raison. De même aussi le législateur, reconnu par l'homme, peut avoir posé certaines règles, mais sans avoir épuisé toute la matière du droit, de sorte que la raison humaine devra continuer à intervenir pour compléter la pensée du législateur.

Il en résulte que là où le législateur a donné l'ordre formel de faire ou de ne pas faire, nous sommes obligés de nous conformer à sa volonté. Mais pour le surplus, nous gardons toute notre liberté d'action, et c'est alors à notre raison à nous diriger.

En résumé, nous avons vu qu'il existe deux théories pour résoudre les conflits entre la raison humaine et les ordres du législateur. La première prétend que la raison doit toujours l'emporter, dans quelque domaine que ce

soit (théologie, science juridique, etc.) La seconde déclare que c'est seulement dans le domaine de la théologie (*Kalam* et *ossoul*) : « fondement de la croyance islamique », que la raison doit l'emporter, et non pas dans le domaine juridique (*feghh* et *foroué*) : « ce qui dérive de la croyance ». Nous ne pensons pas que cette dernière doctrine soit juste car si la raison doit l'emporter lorsqu'il s'agit du fondement de la croyance (théologie), elle doit à plus forte raison l'emporter aussi, lorsqu'il s'agit du domaine juridique, qui n'est qu'un accessoire.

On peut émettre, à notre avis, une troisième théorie. Nous constatons tout d'abord que le droit musulman, au moment où il a apparu, s'adaptait parfaitement à l'époque et aux régions où il devait être appliqué; on n'aurait pu à ce moment-là, avoir un droit plus parfait que le droit musulman. La meilleure preuve nous en est fournie par l'histoire. C'est sous l'influence de ce droit que les Arabes, peuple naguère complètement sauvage, arrivèrent à conquérir le monde et à lui faire adopter la civilisation islamique en moins de 100 ans. Il était donc impossible que la raison humaine fût en contradiction avec un pareil droit et, en effet, à cette époque chez les Arabes, aucun conflit ne surgissait entre la loi et la raison. Nous en concluons que si des conflits se sont produits, cela n'est pas imputable à la raison, mais que ce sont les circonstances extérieures, telles que la race, la langue et les coutumes, dans lesquelles nous vivons actuellement, qui diffèrent complètement de celles du

temps du législateur et qui sont la cause de ces conflits.

Or, du moment que les circonstances ne sont plus les mêmes, le raisonnement qui se fonde sur ces circonstances, est, lui aussi, nécessairement modifié. Il en serait d'ailleurs de même pour la raison divine, si elle se manifestait encore de nos jours ; car elle aussi, devrait tenir compte des modifications que le temps a produites dans les mœurs.

Tant que ces circonstances nouvelles, dont le législateur n'a pas tenu compte en élaborant la loi, et qui sont la cause des conflits que nous signalons, existent, nous pouvons donc appliquer notre raison. Mais si, un jour, ces circonstances extérieures nouvelles disparaissent à leur tour, nous cesserons de faire prévaloir notre raison et la raison divine reprendra sa place.

Cette théorie est tout à fait conforme à l'esprit de l'Islam, ainsi qu'on peut le voir par l'exemple suivant, choisi entre plusieurs :

L'interdiction de l'usage du vin, faite par Dieu, d'une manière toute générale, ne s'adresse en réalité qu'aux personnes en bonne santé et à celles qui peuvent se procurer une autre boisson. Dans les cas de maladie et dans ceux où l'on n'a pas d'autres boissons à sa disposition, l'usage du vin devient licite, parce que la sauvegarde de la vie l'emporte sur toute autre considération. Ainsi, tant que des circonstances spéciales obligent à apporter des modifications à l'ordre du législateur, on pourra faire

usage du vin, mais, lorsque ces circonstances auront pris fin, l'interdiction statuée par le législateur sera rétablie (1).

Pour illustrer la théorie mixte que nous préconisons, nous allons essayer d'en faire l'application à un domaine spécial du droit. On sait que le législateur de l'Islam a interdit formellement l'intérêt. En le faisant, il entendait protéger les pauvres et les faibles, contre les excès des usuriers et des capitalistes. Cette interdiction se justifiait donc entièrement. Mais, de nos jours, les circonstances sont telles que si les états islamiques veulent subsister, il faut qu'ils empruntent de l'argent à l'étranger, aux Européens. Or, ces derniers ne prêtent que moyennant un intérêt. Dès lors la vie même de l'Islam et sa sauvegarde nécessitent l'introduction du prêt à intérêt.

Selon notre théorie, nous admettrons donc l'intérêt,

(1) L'histoire du droit persan moderne connait, du reste, déjà des cas semblables ; nous en citerons un : En 1890, l'Etat persan a confié la vente et la régie des tabacs, en Perse, à des Anglais, Major Talbot et Cie. En échange, ces derniers s'engageaient à payer 15.000 livres sterlings par an à l'Etat. Une forte opposition se manifesta dans tout le pays contre cette concession. Indépendamment de toute influence étrangère, et, considérant que cette concession portait atteinte aux intérêts tant publics que privés, Hadji Mirza Hassan, chef religieux de la Secte chyite, résidant en Mésopotamie, interdit l'usage du tabac à tous les Musulmans, malgré que le législateur ne parlât nulle part de cette interdiction, puisqu'à ce moment là, les circonstances ne l'exigeaient pas. Sa sentence fut donc uniquement basée sur la raison humaine et sur la nécessité d'agir efficacement. Dès cette interdiction, personne ne consomma plus de tabac dans toute la Perse, tant et si bien que le Major Talbot fut obligé de renoncer à sa concession. Une fois ce résultat obtenu, le chef religieux autorisa de nouveau l'usage du tabac pour se conformer à la pensée du législateur, du moment que les circonstances exceptionnelles antérieures avaient pris fin.

tant et aussi longtemps que les pays islamiques ne pourront subsister et se développer que par l'emprunt. D'ailleurs, nous l'admettrons non seulement à l'usage de l'Etat, mais aussi des particuliers, puisque le commerce moderne, sous peine de mort, doit nécessairement recourir à cette institution. Mais comme le législateur entend protéger les faibles et empêcher l'usure, il faudra néanmoins, dans la mesure du possible, satisfaire à sa volonté, et, pour cela, il conviendra d'interdire le prêt à intérêt au delà d'un taux déterminé et de faire une loi pénale, frappant les usuriers. De cette manière, on respectera, dans la mesure du possible, la volonté du législateur, tout en donnant satisfaction aux conditions nouvelles de la vie moderne.

L'application de notre théorie nécessite une distinction, entre les règles juridiques qu'on doit envisager comme contraires à la raison humaine et celles qui ne le sont pas. Mais cette distinction n'est pas facile à opérer, et l'accord est loin de régner entre jurisconsultes à ce sujet, chacun considérant les principes juridiques à un point de vue subjectif. On peut néanmoins distinguer, d'une manière générale, deux degrés dans l'application de la raison aux institutions juridiques. Tout d'abord, certaines règles de droit sont admises universellement par la raison humaine, ce sont « les combinaisons juridiques purement intellectuelles » (1). Il en est ainsi pour les institutions dont les caractères essentiels se retrouvent dans toutes les législations : ainsi la vente, l'échange.

(1) G. Sauser-Hall. Fonction et méthode du droit comparé.

Puis, nous avons des règles, que la raison humaine justifie d'une manière relative seulement.

Ce sont celles au sujet desquelles tout le monde n'est pas d'accord, en raison des différences qu'entraînent nécessairement dans les institutions juridiques de divers pays, les mœurs, les coutumes, la situation géographique, etc., en un mot, l'ensemble des facteurs qui donnent à chaque législation son caractère propre et qui empêchent justement l'application universelle de la raison pure, en matière juridique. Ces divergences se font surtout sentir dans le domaine du droit de famille ; par exemple, aujourd'hui encore tous les États n'ont pas réussi à se mettre d'accord sur la question du divorce, qu'un pays comme l'Italie se refuse à admettre, alors que le droit musulman le connaît depuis près de 1300 ans (1). De même aussi, dans un autre domaine, la peine de mort n'a pas encore été abolie, si ce n'est dans quelques Etats, faute par les hommes d'avoir pu appliquer à ce problème la raison pure, dégagée de toute autre préoccupation (2).

---

(1) Avant le Coran, on ne connaissait pas le divorce. Dans la loi de Moise, la répudiation était seule admise. L'homme pouvait renvoyer sa femme. Quant à la femme, « elle ne peut jamais demander le divorce, lors même que son mari aurait tous les défauts imaginables, ou qu'il serait convaincu d'adultère » art. 433. Code civil et pénal du judaïsme par Jean de Pavly, Paris, 1896.

(2) Voici les raisons principales avancées par Beccaria, philosophe et criminaliste italien qui vécut de 1738-1794, dans son ouvrage : « Des délits et des peines », pour combattre la peine de mort.

Beccaria part du principe du *contrat social*. *La souveraineté et les lois* sont la somme totale des portions de liberté abandonnée par chaque individu. La *souveraineté*, c'est le résultat de l'union des volontés particulières. Mais il va de soi que jamais personne n'a entendu céder à autrui

En résumé, certaines règles de droit sont admises universellement au nom de la raison humaine, alors que d'autres admises dans certains pays, ou par quelques jurisconsultes, au nom de cette même raison, sont rejetées par les autres. Certains jurisconsultes musulmans de la Secte chyite, qui sont partisans de la théorie de la prépondérance de la raison sur la loi, prétendent que seules, les règles de droit de la 1re espèce doivent l'emporter, lorsqu'elles sont en opposition avec une disposition légale émanant des sources principales ; mais pour les règles de la 2e espèce, vérités d'ordre relatif, qui ne s'imposent pas à la raison de tous, l'ordre du législateur devra toujours prévaloir sur elles. Nous prétendons, au contraire, que même dans ces cas-là, c'est la raison qui doit l'empor-

---

le droit de lui ôter la vie. En aliénant une partie de sa liberté, chaque individu n'entendait pas aliéner sa liberté suprême, son droit à la vie. Donc, l'Etat ne détient pas le droit d'attenter à la vie des individus. Et d'ailleurs, à supposer même que l'individu ait voulu céder ce droit à l'Etat, Beccaria admet qu'il n'était pas en droit de le faire. Car le principe qui interdit à l'homme le suicide, lui interdit également, à fortiori, de céder à autrui le droit de libre disposition sur sa vie. Et, ajoute notre auteur, dans un Etat bien organisé, et où le gouvernement exerce une autorité efficace, on ne voit pas quel danger peut faire courir à la collectivité la vie d'un homme, même criminel, qu'on tient enfermé et qu'on empêche, par là même, de nuire. Cet homme ne peut plus porter atteinte à la sûreté du pays, son existence ou sa mort sont indifférentes au point de vue social.

Enfin Beccaria ajoute deux arguments d'une valeur plus douteuse.

La peine de mort, dit-il, n'est d'aucun effet au point de vue de l'amélioration des hommes, puisqu'une fois l'exécution passée, rien ne montre plus au peuple le châtiment du coupable, tandis que la détention perpétuelle, subie par le criminel, est un exemple constant et durable du châtiment qu'entraîne le crime. Et puis « la peine de mort nuit encore à la Société par les exemples de cruauté qu'elle donne aux hommes. Si les passions ou la nécessité de faire la guerre ont appris à répandre le sang humain, les lois, dont l'objet est d'adoucir les mœurs, ne devraient pas au moins multiplier cette barbarie ».

ter, et nous fondons notre jugement sur un argument probant, à notre avis. Le fondement même du droit musulman, c'est l'existence de Dieu ; or, pour prouver Dieu, la théologie de l'Islam invoque la raison (1). Mais, cette preuve elle-même n'est pas admise universellement, puisque les athées ne l'admettent pas, de sorte que la croyance à l'existence de Dieu est une vérité de la 2e espèce. Si donc, sur un point aussi essentiel que l'existence de Dieu, véritable clef de voûte du droit musulman, on a admis la prépondérance de la raison, alors même que tout le monde n'est pas d'accord avec nous pour le faire, à combien plus forte raison ne doit-on pas faire prévaloir cette même raison, dans les cas où elle est en contradiction avec les sources principales, sur des questions d'ailleurs beaucoup moins importantes.

De cette démonstration, nous concluons en outre, qu'il n'est pas nécessaire que tous les jurisconsultes soient d'accord, dans un même pays, pour qu'on puisse faire application de la raison humaine, mais qu'il suffit d'obtenir la majorité en faveur d'une opinion pour qu'elle l'emporte.

En résumé, nous estimons que c'est à bon droit que la secte chyite invoque la raison comme source du droit ; le long exposé que nous venons de faire le démontre, à notre avis, d'une façon péremptoire.

---

(1) La théologie musulmane admet, en effet, comme un dogme irréfutable, la preuve de l'existence de Dieu par le moyen de la raison.

IV. Opinion unanime (*idjmaa*).

C'est, comme dans la Secte sunnite, une source dépendant des sources principales. Voici en quoi elle consiste. Lorsque tous les jurisconsultes sont d'accord, qu'une tradition parvenue dans le Sonnat, par l'intermédiaire de diverses personnes, est juste, c'est-à-dire qu'elle émane du Prophète, de sa fille ou des 12 successeurs, ou encore, s'ils sont d'accord que telle règle juridique est conforme au Coran et au Sonnat, cette unité de pensées des jurisconsultes sur ces points-là, forme une nouvelle source du droit qu'on appelle opinion unanime ; cette source dérive, comme on le voit, du Coran et du Sonnat. Il n'y a pas moins de trois opinions différentes pour légitimer cette source ; nous nous bornerons à en citer une, la meilleure à notre avis.

Lorsque plusieurs personnes reconnaissent l'autorité de quelqu'un qu'elles regardent comme leur chef, elles chercheront toujours, tant par leurs actions que par leurs paroles, à se conformer à la volonté de celui-là. Si ces personnes, d'ailleurs intelligentes et capables, cherchent à exprimer la pensée du chef qu'elles ont choisi, et qu'elles soient unanimes à se prononcer dans tel ou tel sens sur un point donné, on pourra considérer leur avis comme celui du chef lui-même. On admet de même, que, si tous les jurisconsultes, gens intelligents et capables qui reconnaissent l'autorité du Coran et du Sonnat, sont d'accord entre eux sur un point de droit, on peut considérer à

juste titre leur opinion comme une véritable source de la législation.

On distingue deux espèces d'idjmaa qu'on peut appeler « l'opinion unanime recherchée » et « l'opinion unanime établie ».

1. L'opinion unanime recherchée : (*idjmaa mohessel*).

Un jurisconsulte, désirant savoir si une règle juridique est conforme à l'opinion unanime ou non, étudie tous les ouvrages des jurisconsultes antérieurs, sur ce point. S'ils sont tous d'accord entre eux, il constate que l'opinion unanime admet cette règle. Il base donc son avis doctrinal (*fatva*) sur l'opinion unanime des jurisconsultes, qui vaut alors comme source du droit musulman.

2. L'opinion unanime établie : (*idjmaa manghoul*).

Elle ne résulte pas comme l'autre de l'étude personnelle de tous les jurisconsultes antérieurs, sur telle ou telle question ; mais elle résulte de la constatation qu'un jurisconsulte, dans un ouvrage antérieur, a déjà exprimé l'opinion unanime de tous ses prédécesseurs sur cette question.

Tous les jurisconsultes sont d'accord à admettre l'opinion unanime recherchée comme source du droit. (c'est-à-dire qu'on ne peut établir aucune règle nouvelle contre l'opinion unanime); quant à l'opinion unanime établie, les uns lui reconnaissent ce caractère de source du droit, tandis que d'autres le contestent ; mais l'opinion de

ces derniers est prépondérante. Alors que dans la Secte sunnite, l'opinion unanime n'a pu s'exprimer valablement comme source du droit, que pendant les trois générations (1) qui suivirent le Prophète, dans la Secte chyite, au contraire, elle continue à exister en qualité de source du droit et à créer du droit nouveau à ce titre. D'autre part, alors que dans la Secte sunnite l'opinion unanime résulte d'une décision prise en concile, ici, on tient compte de l'opinion unanime de tous les jurisconsultes de la Secte chyite qui ont vécu depuis le 12e successeur du Prophète (938 ap. J.-C.) jusqu'à nos jours. On part de cette année 938, seulement parce que, précédemment, le Sonnat pouvait toujours être complété par un successeur du Prophète, tant que l'un d'eux vivait ; on n'avait donc pas besoin d'autres sources du droit. C'est seulement après le 12e successeur qu'apparaissent les deux nouvelles sources : la raison humaine (2) et l'opinion unanime. Tandis que les premières (le Coran et le Sonnat) sont, de l'avis unanime des jurisconsultes, des sources indépendantes, certains prétendent que parmi les deux autres, la raison humaine et l'opinion unanime, seule cette dernière est dépendante des deux

---

(1) Voir pages 11 et 12, l'opinion unanime dans la Secte sunnite.

(2) Philosophiquement on peut soutenir avec quelque apparence de logique, que la raison a toujours existé en tant que source du droit ; mais, dans le Coran et le Sonnat, la raison était véritablement divine puisque révélée et inspirée par Dieu. Aussi longtemps que cette raison divine a exercé son action, on a rejeté la raison humaine ; on n'a donc introduit celle-ci comme troisième source du droit qu'après le 12e successeur du Prophète en 938.

premières, puisqu'elle est apparue postérieurement ; quant à la raison humaine, elle serait aussi une source indépendante, et en quelque sorte autonome, d'après ces jurisconsultes dont l'opinion est d'ailleurs combattue.

L'opinion unanime établit des règles de droit nouvelles, mais toujours basées sur les deux principales sources. Néanmoins, c'est bien une source du droit et non pas une simple interprétation, puisqu'il y a création d'un nouveau principe, qui ne dépend des autres sources que sur un point, c'est qu'il ne peut, en aucun cas, être en contradiction avec elles.

C'est, en réalité, la réunion des opinions concordantes d'un grand nombre de jurisconsultes, et non pas de tous, sur un point donné, qui constitue cette source. Il peut se faire qu'un ou plusieurs jurisconsultes soient d'avis contraire sur la question examinée, toutefois, leur idée ne peut modifier l'opinion qui réunit l'unanimité des suffrages de tous les autres jurisconsultes. A la vérité, comme on le voit, ce n'est pas opinion unanime qu'on devrait dire pour désigner cette source, mais opinion de la grande majorité des jurisconsultes depuis le 12[e] successeur du Prophète jusqu'à nos jours.

Les 4 sources dont nous venons de parler, Coran, Sonnat, raison humaine et opinion unanime, sont, dans la Secte chyite, à la base de l'application du droit faite par les jurisconsultes ou, mieux encore, servent de fondement à l'avis doctrinal du juge (fatva). Il arrive pourtant que les jurisconsultes tiennent compte d'autres sources encore,

et nous en arrivons à parler de 4 nouvelles sources accessoires, que nous appellerons sources dérivées, parce qu'elles procèdent directement des quatre principales. D'ailleurs, ces sources dérivées ne peuvent pas être prises en considération par le juge, lorsque les deux sources principales indépendantes, le Coran et le Sonnat, ont employé des expressions tout à fait claires et qui ne font surgir aucun doute. Par contre, on devra recourir aux sources dérivées, lorsque le Coran et le Sonnat manquent de clarté sur un point donné, ou si deux passages, d'ailleurs parfaitement compréhensibles l'un et l'autre, se contredisent, ou, enfin, si les deux principales sources sont tellement concises sur un point, qu'elles ne peuvent être interprétées et élucidées ni par le raisonnement, ni par des éclaircissements fournis par les autres sources.

Nous allons passer en revue ces sources dérivées du droit dans la Secte chyite.

I. *Esteshab*. Le respect de l'état de droit ancien.

Il s'agit ici du respect à accorder à une situation juridique, lorsqu'on est dans le doute au sujet des modifications qu'elle devrait subir, c'est pour ainsi dire le respect du statu quo.

Ainsi X achète un livre à la librairie et se réserve le droit de résilier le contrat pendant trois jours. Si pendant ce délai, il donne le livre à un tiers, il n'y a aucun doute au sujet de cette vente, qui est devenue définitive, du moment que X a disposé du livre. Mais si X a seule-

ment prêté le livre à quelqu'un, la vente est-elle aussi définitive ou bien X pourra-t-il encore la résilier pendant les trois jours. On ne trouve aucune indication pour résoudre cette question dans les sources principales. Le juge fera intervenir alors la première source dérivée, qui veut qu'on maintienne l'état de droit existant, il en résulte que X gardera le droit de résilier, puisqu'on est dans le doute sur la véritable situation juridique créée par le prêt du livre.

Ce principe de l'estesbab est tout à fait général, et c'est pourquoi on en a fait une source, accessoire il est vrai, du droit musulman. D'une manière générale, il consiste à écarter tout ce qui est douteux et à ne tenir compte provisoirement que de l'état de droit ancien qui ne cause point de doute, jusqu'au moment où les hésitations concernant la modification de cet état auront disparu.

Dans notre exemple, tant et aussi longtemps qu'un doute subsistait au sujet de la validité définitive de la vente du livre, on n'admettait pas cette dernière.

II. *Baraet*. Elimination de l'obligation douteuse.

C'est le second principe général, tenant lieu de source du droit en l'absence d'indications des sources principales. Il consiste, lorsqu'il y a doute sur la nécessité d'accomplir telle ou telle obligation, qui pourrait faire double emploi avec une autre, à admettre qu'il n'est pas nécessaire d'exécuter cette seconde obligation et qu'on peut s'en tenir à la première.

Ainsi, le jeûne est ordonné par le Coran comme un devoir religieux. C'est pourquoi celui qui rompt le jeûne prescrit par la loi, doit fournir une expiation et jeûner à nouveau. Or, le droit prévoit plusieurs manières différentes de rompre le jeûne ; par exemple, le fait de manger, de fumer, d'avoir des relations sexuelles, etc. constituent autant de ruptures du jeûne. Il peut arriver qu'un homme rompe son jeûne, ou bien plusieurs fois de la même manière, consécutivement, par exemple, en mangeant à deux ou trois reprises différentes, ou bien de plusieurs manières différentes, par exemple, en mangeant et en fumant. Comment imposer les expiations en pareil cas ? Lorsque le jeûne a été rompu de plusieurs manières différentes, le coupable devra subir plusieurs expiations ; cela ne fait l'objet d'aucun doute. Par contre, la question de savoir s'il devra une ou plusieurs expiations, lorsqu'il a rompu le jeûne à diverses reprises, mais de la même manière, par exemple en mangeant plusieurs fois, est plus délicate. Les deux sources principales du droit déclarent seulement que lorsqu'on manque deux fois à son devoir, on devra fournir deux expiations. Y a-t-il eu, dans notre cas, plusieurs violations de devoir ou une seule, répétée à diverses reprises, et faudra-t-il imposer au coupable une seule ou plusieurs expiations ?

Pour résoudre la question, on fait intervenir la seconde source dérivée du droit, dont nous nous occupons. Elle déclare qu'en pareil cas, on ne peut exiger qu'une seule expiation, puisqu'il y a doute sur la question de savoir

si les autres sont dues ou pas. En résumé, cette source consiste à éliminer l'obligation douteuse, pour réclamer seulement l'exécution de celle qui ne l'est pas dans tous les cas où il y a doute sur la question de savoir si deux obligations sont duescumulativement ou alternativement.

III. *Echtéghal.* Le droit du créancier certain l'emporte sur celui du créancier douteux.

Il s'agit ici du cas où l'existence d'une obligation ne fait l'objet d'aucun doute, mais où la personne à qui elle est due n'est pas exactement déterminée, ce doute ne fait pas disparaître l'obligation comme dans le cas précédent. Celle-ci au contraire est maintenue et elle reste due même si elle a déjà été acquittée envers une autre personne. Ainsi X a un débiteur Y, qui lui doit 100 tomans. X meurt en laissant deux enfants A et B; mais on a des doutes au sujet de la légitimité de l'un d'eux, B. Envers qui Y devra-t-il s'acquitter de son obligation ? En principe il devrait 50 tomans à A et 50 tomans à B. Mais comme les droits de B sont douteux, le juge fera intervenir cette troisième source dérivée pour résoudre la question. Il déclarera donc que Y doit payer les 100 tomans à A dont les droits ne sont pas douteux ; tout paiement fait à B serait sans valeur et laisserait subsister l'obligation de payer le tout à A.

IV. Le choix du juge.

Si le juge trouve dans les sources principales des indications contradictoires sur un point donné, et que ni l'opi-

nion unanime, ni la raison humaine, ne lui permettent de se prononcer dans un sens plutôt que dans l'autre, le juge a le libre choix entre ces différentes solutions. C'est là, la quatrième source dérivée du droit. En étudiant le testament, nous nous trouverons fréquemment, sur un point ou sur un autre, en présence de deux doctrines opposées sans qu'il soit possible de dire laquelle est consacrée par le droit. En pareil cas, c'est au juge à choisir entre ces deux opinions. Il nous sera néanmoins possible de dire parfois qu'une des opinions l'emporte, parce que ses partisans sont plus nombreux que ceux de l'avis contraire. Mais cette prééminence n'a pas valeur de source légale, et le choix du juge restera entièrement libre.

En réalité, ces quatres sources accessoires ne sont pas des sources proprement dites du droit, mais plutôt des modes d'interprétation des sources principales. Ainsi la dernière, le choix du juge, n'a rien d'une source indépendante, mais dérive tout à la fois du Sonnat et de la raison humaine. C'est la raison du juge qui le guide, dans le choix à faire entre deux traditions contradictoires du Sonnat.

Ajoutons encore, à propos du Coran et du Sonnat, que leurs préceptes ou les traditions qu'ils rapportent ne valent que pour autant qu'ils n'ont pas été abrogés par un autre verset ou par une autre tradition. Ainsi le verset 3 du chapitre 24 du Coran, déclarant qu'un homme, qui s'est rendu coupable d'adultère, ne peut plus épouser qu'une femme adultère ou une idolâtre, et réciproquement

pour la femme, a été abrogé dans la suite par les traditions, de sorte qu'un homme adultère peut épouser une femme quelconque. Il arrive parfois aussi, qu'une tradition est abrogée elle-même par une autre tradition. Enfin, parfois, c'est l'opinion unanime des jurisconsultes qui s'est prononcée contre une tradition, sans que cette dernière ait été abrogée par une autre. En pareil cas, l'opinion unanime infirme la tradition mise en doute, mais sans l'abroger complètement. On admet alors que cette tradition n'est pas exacte et qu'elle a été rapportée faussement. Quelquefois enfin, il peut arriver que deux opinions différentes règnent au sujet d'une tradition, mais sans qu'on arrive à obtenir l'opinion unanime des jurisconsultes en faveur de l'une d'elles. Dans ce cas, c'est l'opinion approuvée par la majorité des jurisconsultes qui l'emporte.

§ 6. — Evolution historique des sources du droit dans la Secte chyite

Au point de vue historique, la formation du droit musulman dans la secte chyite s'étend sur trois périodes que nous pouvons caractériser assez nettement par les appellations suivantes : époque de la Révélation et de l'inspiration, époque formaliste et époque positiviste.

1. Epoque de la révélation et de l'inspiration.

La caractéristique du droit de cette période, c'est qu'il est issu entièrement, selon le dogme musulman, de la

Révélation et de l'inspiration divine. Cette époque commence à l'avènement du Prophète et s'étend jusqu'à la disparition de son douzième successeur, soit de l'an 611 à 938 de l'ère chrétienne.

Durant cette époque, seul le Prophète a connu la Révélation divine. Quant à l'inspiration, elle a été accordée au Prophète, à sa fille et aux douze successeurs ; elle a donné naissance au Sonnat, tandis que le Coran est issu de la Révélation. A cette époque, d'ailleurs, le droit n'est pas encore fixé irrémédiablement ; on peut le modifier dans ses principes mêmes, suivant les besoins. C'est ainsi qu'un verset du Coran en abroge un autre, ou qu'une tradition est remplacée par une autre.

II. Époque formaliste.

Elle commence avec la disparition du douzième successeur du Prophète en 938 et s'étend jusqu'en 1906. La Révélation et l'inspiration divines ne se manifestant plus chez personne, on dut recourir à d'autres sources du droit, et c'est ainsi qu'on reconnut cette qualité à l'opinion unanime des jurisconsultes, source dépendant des deux principales et à la raison humaine, dont on peut faire à notre avis une source indépendante. La caractéristique de cette période, c'est que la liberté des jurisconsultes y est restreinte dans les limites du Coran et du Sonnat, dont ils ne peuvent s'écarter, pour créer du droit vraiment nouveau. Tout ce qui a été élaboré dans la première période, demeure pour ainsi dire inchangé et

sert de base à tout le droit postérieur, qui ne peut s'en écarter. Le droit de cette époque ne prend donc en considération ni les coutumes, ni les modifications nombreuses, que subissent les besoins de l'homme au cours des siècles : il ne s'écarte pas du chemin tracé dans la première période. Deux raisons expliquent pourquoi le droit reste ainsi stationnaire, dès le 12[e] successeur du Prophète, pourquoi il est entièrement bridé dans son développement :

1) La première cause de cet arrêt dans la législation, c'est la séparation entre le pouvoir politique et le pouvoir spirituel. Dans la période précédente déjà, sauf Ali qui détint, à la fois, les pouvoirs politique et spirituel, les successeurs du Prophète n'exerçaient plus le khalifat dans la Secte chyite ; il en résulte que leur conduite, qui constitue le Sonnat, n'était une source du droit, que pour ceux qui reconnaissaient leur qualité de successeurs du Prophète, soit en Arabie, soit en Perse. Mais les véritables chefs de l'Etat, à cette époque, furent les khalifes ommeyades, qui, en réalité, ne recherchaient pas avant tout le triomphe de l'Islam, puis les Abassides, partisans de la Secte sunnite. Aux yeux des Chyites, l'union entre les pouvoirs temporel et spirituel, a cessé avec le règne d'Ali. Car, à ce moment-là, la Secte chyite n'avait nulle part le caractère d'une religion officielle de l'Etat, comme ce fut le cas plus tard, à l'époque de la dynastie persane de Safavillé, en 907 de l'Hégire, soit au seizième siècle de l'ère chrétienne (1502).

2) La seconde cause de l'état stationnaire du droit, c'est qu'à cette époque, les jurisconsultes n'avaient plus le caractère sacré des successeurs du Prophète ; ils n'étaient que des hommes de loi, dont l'avis ne s'imposait pas ; même, lorsqu'ils se bornaient à interpréter les intentions du législateur, il suffisait que l'accord ne régnât pas entre eux, pour qu'on les envisageât comme des hérétiques, à cause de ces innovations. Il était donc impossible de se montrer indépendant, et c'est pourquoi l'interprétation du droit prit à cette époque un caractère exclusivement formaliste, on se borna à adopter à la lettre les textes existants, sans se préoccuper le moins du monde des motifs qui les avaient inspirés.

Mais, par contre coup, pendant cette époque, le droit coutumier gagna du terrain, car, bien souvent, le droit musulman ne fournissait aucune indication, ou des indications contraires aux besoins du moment. Nous en avons un exemple frappant en ce qui concerne le prêt à intérêt. L'intérêt n'est pas interdit seulement en droit musulman. Il est condamné aussi par la loi de Moïse et dans les écrits des philosophes ; cette interdiction se justifiait d'ailleurs, car, à cette époque, l'argent que l'on prêtait était employé pour les besoins journaliers de l'emprunteur ; il ne servait pas au développement d'entreprises commerciales ou industrielles comme de nos jours. Le droit musulman n'interdisait d'ailleurs pas seulement l'intérêt pour l'argent, mais aussi pour tout prêt de certaines denrées alimentaires, tel le blé, l'orge, etc. ; il

était interdit d'en rendre plus qu'on en avait reçu. Ainsi, celui qui avait prêté 10 mans (1) de blé, ne pouvait pas en exiger onze ou douze en retour; l'excédent eût été considéré comme un intérêt.

Autrefois, à la vérité, il n'existait pas de relations suivies entre Etats chrétiens et musulmans, et pour sauvegarder l'indépendance de l'Islamisme, il était possible aux Musulmans, de se procurer chez eux ce qui était nécessaire à l'organisation de leur défense, sans qu'il fût nécessaire d'emprunter au dehors. Mais dans la suite, les armements et l'industrie s'étant perfectionnés, les seuls moyens des Etats musulmans ne leur suffirent plus à maintenir et à développer leur indépendance.

Force leur fut donc de recourir à des emprunts et aussi, de payer en échange, des intérêts, malgré l'interdiction des deux sources principales du droit. On recourut donc au droit coutumier, qui avait introduit déjà le paiement d'intérêts, seul moyen de se procurer de l'argent hors des Etats musulmans. Dès lors, puisque le droit coutumier n'interdisait pas le prêt à intérêt, les particuliers qui commencèrent à emprunter de l'argent, en dehors de leurs besoins journaliers et à longue échéance, recoururent aussi à l'emprunt avec paiement d'intérêt, et c'est à ce moment que les jurisconsultes, pour arriver au même

---

(1) Le man équivaut à 3 kg. à peu près.

résultat, introduisirent la vente déguisée (1). *Beïé-chart* dans le droit musulman.

En résumé, à cette époque, le droit musulman est bridé par l'application formaliste des principes établis par le Coran et le Sonnat.

D'ailleurs, seuls les tribunaux ecclésiastiques appliquent le droit musulman intégralement, les tribunaux d'Etat, eux, admettent, à côté de ce dernier, le droit coutumier qui satisfait en partie aux besoins nouveaux.

---

(1) La vente déguisée se caractérise comme suit : *A* a besoin d'argent ; il emprunte à *B* ce qui lui est nécessaire pour cela, il vend sa propriété à son prêteur *B*, et en même temps il prend à bail cette propriété pour une somme qui représente l'intérêt de la somme empruntée. Si, au bout du délai fixé, *A* rend la somme prêtée, il redevient propriétaire de son bien ; mais s'il ne la restitue pas, *B* reste propriétaire, tout en touchant l'intérêt de la somme sous forme de location.

Tant que le délai n'est pas expiré, *A* reste donc en possession de sa propriété, en qualité de locataire. Il arrive rarement que l'acheteur simulé devienne effectivement possesseur du bien. La vente déguisée diffère de l'hypothèque du droit musulman. Cette dernière correspond à l'antichrèse du droit européen moderne. Le créancier hypothécaire et l'acheteur dans une vente simulée se ressemblent en ce sens qu'ils n'exercent l'un et l'autre qu'un droit de propriété virtuel. Mais, tandis que le créancier hypothécaire ne peut pas s'approprier le bien hypothéqué, l'acheteur lui, lorsque le vendeur ne fait pas valoir à temps son droit de rachat, devient à l'expiration du délai, propriétaire définitif du bien acquis provisoirement, cela, selon le droit musulman tout au moins, car, en droit coutumier, il ne devient propriétaire que si l'écart entre le prix réel et le prix fixé dans la vente simulée n'est pas trop considérable.

Nous avons vu que si l'emprunteur *A* ne rendait pas la somme prêtée à B, celui-ci restait propriétaire. Mais comme il arrive souvent que le vendeur déguisé ne touche pas le prix réel de sa propriété, l'équité exigeait que l'acheteur, qui a acheté à bas prix, tout en prêtant de l'argent, ne devint pas, ipso jure, propriétaire définitif. C'est pourquoi, selon le droit coutumier, si le vendeur déguisé rembourse l'acheteur dans un certain délai et le dédommage, il redevient propriétaire de son ancien bien. Cette règle s'appliquait seulement dans les Tribunaux d'Etat, comme toute règle émanée du droit coutumier.

III. Epoque positiviste

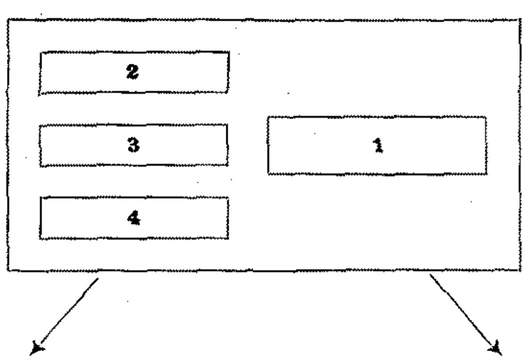
Les lecteurs connaissent déjà, d'après ce que nous avons dit, les sources du droit musulman dans la Secte chyite. Néanmoins, il n'est peut-être pas inutile de les représenter graphiquement et à leur place respective dans le tableau ci-contre.

Dès l'an 938 de l'ère chrétienne, après le douzième successeur et jusqu'en 1906, on n'a plus fait aucune loi en droit musulman; les causes de cette inaction du législateur étaient, nous l'avons vu, d'une part la séparation des pouvoirs religieux et temporel, d'autre part le désaccord qui régnait entre les jurisconsultes. D'ailleurs, même pendant cette période, les 4 sources du droit restaient celles que nous avons indiquées.

Mais depuis 1906, nous sommes entrés dans une nouvelle période ; car, nous avons un Parlement qui s'est mis à légiférer, et la question se pose dès lors de savoir si, dans notre activité législative, nous devons imiter coûte que coûte l'Europe, ou s'il ne vaut pas mieux prendre aussi en considération les circonstances propres à notre pays.

Le problème le plus grave que nous ayons à résoudre est le suivant. Convient-il de séparer en Perse, comme on l'a fait en Europe, la religion et le droit, en les confinant, chacun dans son domaine, ou bien faut-il mainte-

TABLEAU GRAPHIQUE ET CHRONOLOGIQUE
DES SOURCES DES SCIENCES RELIGIEUSES ET JURIDIQUES DANS LA SECTE CHYITE



(1) La raison humaine. Dans notre exposé des sources du droit, nous avons placé la raison humaine au 3ème rang, suivant en cela la doctrine des jurisconsultes. Ceux-ci déclarent en effet que de 611 à 938, c'est la raison divine elle-même qui a été la source du droit, et c'est pourquoi ils mettent au premier rang le Coran, puis le Sonnat et ensuite seulement la raison humaine. Mais cela ne veut pas dire que la raison humaine n'exerçait pas une action avant la naissance du droit musulman. Tout le monde, même les partisans du droit divin, sont d'accord pour admettre l'apparition de la raison avant celle du droit ; car la raison humaine a apparu en même temps que l'homme sur la terre, au lieu que le droit ne prend naissance qu'après la formation d'un corps social.

(2) Le Coran. C'est tout ce que Dieu a dit au Prophète par le moyen de son ange, et que celui-là a transcrit fidèlement à l'usage du corps social de l'islam (*Ommet*).

(3) Le Sonnat. Il est constitué par la parole, les actes et l'approbation expresse ou tacite du Prophète, de sa fille et des 12 successeurs du Prophète, c'est-à-dire Ali, et ses onze descendants.

(4) Opinion unanime des jurisconsultes. Cette source a existé dès l'an 938 ère chrétienne, c'est-à-dire après le 12ème successeur du Prophète jusqu'à nos jours. Bien qu'elle soit dépendante du Coran et du Sonnat, elle tient néanmoins quelque peu de la raison humaine, sans l'application de laquelle elle ne peut remplir exactement sa fonction. Cette fonction consiste à examiner si telle ou telle tradition (*Akhbar*) parvenue dans le Sonnat par l'intermédiaire de différentes personnes, est juste, ou encore si telle règle de droit est conforme au Coran et au Sonnat. Une fois l'accord établi entre les jurisconsultes à ce sujet, cet accord vaut comme source du droit, de sorte qu'on ne peut ériger en principe de droit, aucune règle qui lui soit contraire.

tenir le statu quo, et continuer à unir étroitement ce deux disciplines ?

Il est certain que si nous voulons être des imitateurs fidèles de l'Europe, notre droit, c'est-à-dire les lois votées par le Parlement, ne pourront plus trouver leur source que dans la raison humaine et dans la coutume. Or, de deux choses l'une, ou bien nous aurons des lois fondées uniquement sur la coutume et la raison, et alors ces lois ne seront pas incorporées dans le droit musulman, ou bien nos lois nouvelles tiendront compte des anciennes sources du droit musulman (Coran, Sonnat, etc.), et alors elles appartiendront au droit musulman. C'est cette dernière manière de voir que nous avons préféré adopter, et nous allons examiner les raisons qui ont dicté notre choix :

1. Les sources du droit musulman n'interdisent en aucune façon qu'on se réfère à elles pour établir de nouvelles lois ; au contraire, il est dans leur fonction même de servir de fondement à l'élaboration du droit nouveau.

Du reste, on peut indifféremment baser la nouvelle législation sur l'une quelconque des 4 sources du droit chyite, d'autant plus que les traditionnalistes qui exigeaient une tradition, c'est-à-dire une parole, un acte ou l'approbation tacite ou explicite du Prophète ou de ses successeurs, à la base de toute règle de la vie, ont quitté la Perse (1).

(1) Voir à ce sujet ce que nous avons dit à la page 32.

2. La Constitution d'où le Parlement tire son pouvoir de légiférer dit à l'article 2, que « les lois du Parlement ne doivent pas être contraires aux principes et règles de l'Islam ». Du moment que le droit musulman, qui procède tout entier des 4 sources que nous avons étudiées, est évidemment conforme à l'esprit de l'Islam, les lois élaborées par le Parlement, si elles sont issues des mêmes sources, ne pourront non plus être contraires à l'Islam, et devront être incorporées dans le droit musulman.

3. En droit musulman, la religion et le droit sont deux disciplines inséparables, et ont toutes deux comme source commune la raison humaine, ainsi que nous l'avons vu ; or; cette source suffit pour que le droit puisse continuer à se développer et à se conformer aux besoins nouveaux : rien ne nous oblige donc, à l'heure actuelle, à séparer le droit proprement dit de la religion ; on a même tout avantage à les laisser unis, puisque le droit tire de cette union une grande autorité, en raison de l'intensité du sentiment religieux des adeptes de l'Islam, incontestablement supérieur à celui qui règne dans les autres religions.

Toutes ces diverses raisons nous ont déterminé à ne pas séparer la 3e période de l'évolution du droit des deux précédentes, comme si elle ouvrait une ère juridique nouvelle, mais au contraire à incorporer dans le droit musulman, les lois élaborées par le Parlement, selon les sources du droit musulman.

Cette époque a commencé en 1906. Lorsque nous aborderons l'étude du testament musulman, nous aurons l'occasion de voir de près à quels résultats juridiques ont atteint les deux premières périodes dans le domaine d'une institution déterminée. Mais il ne nous paraît pas sans intérêt, de faire maintenant quelques réflexions, sur les résultats obtenus jusqu'à ce jour dans la 3e période, car nous n'aurons pas l'occasion d'y revenir dans la suite au sujet du testament.

La Perse a vécu jusqu'en 1906, sous le régime de la monarchie absolue. Mais la nation qui avait souffert de ce régime, réclama à ce moment une Constitution. Le schah ne voulait pas l'octroyer, et certains jurisconsultes appuyaient son point de vue, sous prétexte qu'une Constitution serait contraire à la religion musulmane, Secte chyite. Or, en réalité, la Constitution est tout à fait conforme à l'esprit de notre religion. En effet le 12e successeur du prophète n'ayant pas désigné son propre successeur, c'est à la nation tout entière à établir la forme gouvernementale qui lui convient; elle était donc, à plus forte raison, en droit d'établir un régime parlementaire constitutionnel. D'ailleurs les chefs religieux (1) de la Secte chyite, qui résident en Mésopotamie, ont déclaré que la Constitution était tout à fait conforme à l'esprit de la religion. Ils ont basé leur avis doctrinal sur un verset du

(1) Ces chefs religieux étaient à ce moment-là les suivants : H. Mirza, Hossein de Téhéran, Molla Kazem de Khorassan (Perse), Molla Abdolla de Mazandaran (Perse).

Coran qui dit : « Consulte-les dans l'affaire ». (*Va chaverhom fel Amre*). Mais en réalité, leur sentence était basée sur la raison humaine, source du droit, qui leur faisait constater qu'à l'avenir, les pays musulmans ne pourraient plus continuer à vivre sous la monarchie absolue. C'est dans ces conditions que furent octroyées la Constitution du 3 décembre 1906 et la Constitution supplémentaire du 7 octobre 1907. Ajoutons que pour veiller à ce que le Parlement n'élabore rien de contraire à l'Islam, l'art. 2 de la Constitution de 1907 déclare que 5 jurisconsultes de premier ordre doivent être membres du Parlement, pour examiner si les lois élaborées sont conformes à la religion.

L'article 8 de la Constitution institue l'égalité de tous les citoyens devant la loi, et la loi électorale confère à tous les indigènes, même à ceux qui ne sont pas Musulmans, mais adeptes d'une religion connaissant les livres saints, (1) la qualité d'électeurs et l'éligibilité ; cette complète égalité de tous devant la loi est un privilège que la France elle-même n'a pas encore institué à l'égard des Musulmans de l'Algérie qui, pour devenir électeurs, doivent renoncer en fait à leur qualité de Musulmans (2).

(1) Voir à ce sujet page 110.

(2) Voici en quelques mots la situation faite aux indigènes en Algérie. On sait que les trois coups d'éventail donnés en 1827 par le Dey Hussein Pacha à M. Deval, Consul de France, ont donné l'Algérie à la France. D'abord, sous prétexte de venger son honneur qui avait été outragé en 1827, la France débarqua, mais en 1830 seulement, un corps d'expédition près d'Alger. Puis, une fois cette ville prise, elle ne consentit pas à se retirer et s'établit peu à peu sur tout le territoire. Jusqu'en 1848

Cet article 8 de la Constitution n'est pas, à la vérité, basé sur le Coran et le Sonnat, car, d'après ces deux sources, les Musulmans, dans certains domaines tout au moins, doivent avoir la prééminence sur les partisans des autres religions. On veut par là augmenter la puissance de l'Islam, en obligeant les adeptes des autres religions à adopter l'Islamisme pour obtenir les mêmes droits que les Musulmans. Mais le Parlement n'a pas suivi cette doctrine, et il a accordé à tous l'égalité des droits politi-

---

l'Algérie fut simplement occupée par les Français, de sorte que la nationalité des indigènes pouvait être douteuse. Mais la Constitution républicaine du 4 novembre 1848 déclara que l'Algérie est un territoire français et depuis ce moment les indigènes algériens sont devenus Français.

En Algérie, les Musulmans restent régis par le droit musulman ; mais du moment que les lois civiles françaises ne sont pas applicables aux indigènes, on les a privés aussi du bénéfice des lois politiques, en ne leur accordant pas le droit d'être électeurs. C'était faire une confusion entre les lois civiles et politiques et on n'aurait pas dû tirer du fait que les Musulmans sont régis par le droit civil musulman, la conclusion qu'ils doivent être privés des droits politiques. Car du moment que les Musulmans supportent les charges (impôts, etc.) que le droit public impose, ils ont le droit de profiter des avantages de droit public. Néanmoins, ces avantages ne leur sont acquis, que s'il passent par une seconde naturalisation. La conquête et l'incorporation par la France leur avaient conféré la qualité de sujets français ; cette seconde naturalisation leur assure celle de citoyens français. Les conditions de cette naturalisation des indigènes musulmans ont été déterminées par le Senatus-consulte du 14 juillet 1865 et par le décret du 21 avril 1866, aux termes duquel l'indigène doit se présenter en personne devant le chef du bureau arabe de sa circonscription et y présenter sa demande déclarant, qu'il entend être régi par les lois civiles et politiques de la France. Or on sait que dans l'Islam, il y a confusion complète entre le droit et la religion. L'indigène qui veut donc être régi par les lois civiles de la France, doit abandonner le droit musulman, et par là même sa religion. Mais comme les indigènes qui consentent à ce sacrifice sont très rares, il en résulte que la plupart d'entre eux ne sont au bénéfice ni des lois civiles, ni des lois politiques de la France, et c'est pourquoi ils n'exercent même pas la qualité d'électeurs.

ques. Et s'il l'a fait, ce n'est pas qu'il fût impuissant à maintenir l'inégalité statuée par l'ancien droit, ce n'est pas, comme dit Pierre Loti, parce que « aux yeux de l'Europe chrétienne, les pays musulmans sont comme un gibier dont la chasse est permise », car l'Islam aux yeux de ses adeptes ne peut s'affaiblir; mais le Parlement a fondé sa décision sur la raison humaine, source du droit musulman, qui veut qu'à des charges égales correspondent des devoirs égaux. Il est logique, en effet, que tous ceux qui paient l'impôt et supportent les autres charges imposées par la loi, jouissent des mêmes droits politiques. La loi doit être la même pour tous, sans distinction de religion, soit qu'elle impose des obligations, soit qu'elle punisse, soit qu'elle protège, soit qu'elle accorde des privilèges.

D'ailleurs, il serait vain de s'attacher à des différences de religion, puisque l'homme n'est pas en mesure de contrôler la conscience de ses semblables ; c'est là un rôle que seuls le Prophète et ses successeurs ont pu assumer, d'après notre religion.

Or, de même que les khalifes ommeyades et certains khalifes abbassides n'étaient pas véritablement Musulmans, mais déclaraient l'être, seulement pour atteindre le but politique qu'ils se proposaient, de même aussi, de nos jours, il est bien des gens qui ne se déclarent Musulmans que par intérêt, et qui causent en réalité un grand préjudice à l'Islam et au pays. Et pourtant ces personnes jouissent des mêmes droits que les autres

Musulmans, car l'homme est *impuissant* à *découvrir* les pensées de ses semblables et à contrôler leurs croyances. Ne serait-il *pas* dès lors *contraire* à la *raison* que les adeptes des *religions* à livres saints, qui pratiquent leurs croyances, *en* toute *franchise*, et *ne causent* aucun tort au pays, soient privés des droits politiques dont jouiraient en *toute liberté* de faux Musulmans, dont la religion n'est qu'un vain mot? Les lois du Parlement instituant et réglementant l'égalité de tous devant la loi, ont donc leur fondement dans la raison humaine, car les deux premières sources ne prévoient pas cette égalité des non Musulmans et des Musulmans, dans certains domaines juridiques tout au moins. Nous avons dit déjà qu'il fallait chercher la raison de cette inégalité dans le désir de propager l'Islam, qui l'emportait sur toute autre préoccupation au moment où les sources principales du droit sont apparues.

Notons encore que dans la période que nous étudions, le rôle de la coutume doit être moins considérable qu'aux époques précédentes. En effet, ou bien la coutume n'est pas contradictoire avec l'esprit du droit musulman et rien n'empêche le législateur de la formuler immédiatement en lois, ou bien elle est contradictoire, mais l'indépendance de l'Islam exige son maintien, de sorte que le législateur n'hésitera pas à la transformer en une loi au nom de la raison (1). Il en est ainsi, par exemple, des

(1) Il nous paraît intéressant de prouver par un exemple pratique que même dans les cas où une coutume est contraire au droit musulman, la loi doit être basée sur cette coutume si la nécessité l'exige.

lois d'emprunts qui règlent les modalités des appels de fonds faits à l'étranger, et qui sont votées par le Parlement, sous le contrôle des jurisconsultes. Or, le droit musulman interdit l'intérêt. Mais comme les pays européens ne prêtent de l'argent que moyennant un intérêt, et qu'on

---

Contrairement à la Secte sunnite, le droit de la Secte chyite n'admet pas la responsabilité de deux personnes, pour une même dette. C'est donc à tort qu'on emploie parfois le terme de caution dans le droit chyite, car il y a en pareil cas non pas cautionnement, mais changement de débiteur. C'est seulement en invoquant le droit coutumier, qu'une caution pourra exiger, lorsqu'elle est recherchée en paiement, qu'on poursuive d'abord le débiteur principal s'il est solvable ; mais le débiteur aura la faculté de se mettre au bénéfice du droit musulman, et il pourra alléguer qu'en vertu de ce droit, seule la caution doit encore quelque chose. Il y a donc ici une opposition manifeste entre le droit coutumier et le droit musulman.

Or, en 1911, le Parlement a fait une loi sur la lettre de change, fondée sur ce principe du droit musulman que deux personnes ne peuvent être à la fois responsables d'une même dette.

En vertu de cette loi, dès que le tiré a donné son acceptation, le tireur est libéré complètement. Cette règle a causé un tort énorme au commerce, car elle supprimait presque l'emploi de la lettre de change ; en effet, les porteurs d'effets de change ne savaient pas si ceux-ci seraient payés à l'échéance, tant qu'ils ne les présentaient pas à l'acceptation, mais, une fois l'acceptation obtenue, leur situation était encore plus mauvaise, puisqu'ils ne pouvaient recourir contre le tireur, en cas d'insolvabilité de l'accepteur. En 1912, on fit donc une nouvelle loi pour améliorer la première. On y déclara seulement que l'accepteur d'une lettre de change n'encourt pas de responsabilité ensuite de son acceptation, ce qui revient à dire qu'il a la faculté de ne pas payer. Dès lors, on ne peut plus actionner l'accepteur, mais seulement le tireur ; c'est une nouvelle entrave au commerce, puisqu'il est presque impossible au porteur, domicilié le plus souvent dans la même ville que le tiré, de faire valoir un droit de recours contre le tireur résidant le plus souvent à l'étranger.

C'est ainsi que la loi porte gravement atteinte au commerce, faute par elle d'abandonner le droit musulman sur ce point, et de se placer résolument sur le terrain de la coutume et du droit moderne européen (comparer code de commerce français, articles 118 et 122, code fédéral des obligations, articles 740, 742 et 808), ce qui lui permettrait de déclarer que le porteur peut recourir, faute de paiement, à la fois contre l'accepteur, le tireur et les endosseurs responsables.

ne peut procéder ici par vente déguisée, comme nous l'indiquions plus haut, (1) puisque ce serait attenter à l'indépendance du pays, et que la nation n'admet pas la vente du sol persan, force a été au Parlement d'admettre le droit coutumier qui avait introduit le prêt à intérêt. La loi d'emprunt prévoyant le paiement d'un intérêt aux créanciers, prend donc ici *la place de la* coutume.

Il nous paraît important d'insister encore ici sur le fait que les lois élaborées par notre Parlement doivent être conformes aux intérêts véritables du pays, plutôt que de s'en écarter, sous prétexte d'imiter l'Europe. Cela est d'ailleurs conforme à l'idée qu'on se fait de nos jours des préoccupations qui doivent guider le législateur dans l'élaboration des lois.

« Le greffage d'une institution étrangère sur le tronc du « droit aborigène, dit M. Sauser-Hall (2), est toujours une « opération d'une délicatesse infinie. Dans le domaine « du droit privé, il peut avoir lieu avec plus ou moins de « difficultés : assez facile à résoudre, lorsque nos intérêts « pécuniaires sont seuls en jeu, le problème devient « d'une beaucoup plus grande complexité lorsqu'il s'agit « du statut personnel des individus, résultante directe du « tempérament d'un peuple.

« En droit public, cette opération de transposition est « souvent impossible, si bien qu'on a pu affirmer, et avec

(1) Voir page 65.

(2) G. Sauser-Hall : Fonction et méthode du droit comparé. Leçon inaugurale faite à l'Université de Neuchâtel, page 108.

« raison, que les institutions politiques devaient être « exclusivement nationales ; toute modification constitu- « tionnelle inspirée par un modèle étranger, devra se plier « au tempérament national, à peine de voir ce dernier « fausser toute l'institution : on en trouvera une preuve « dans la déformation subie par le parlementarisme « anglais en passant en France ; en Angleterre, le pouvoir « exécutif est exercé avec indépendance et autorité « par des ministres qui demeurent les chefs d'un « grand parti national, si bien que c'est le gouvernement « qui mène le Parlement, et que la Chambre des Commu- « nes est plus souvent dissoute que le cabinet n'est mis « en minorité. En France, ces mêmes principes consti- « tutionnels anglais ont produit exactement le résul- « tat inverse, et nous y pouvons constater un asservis- « sement complet des ministres à un Parlement fan- « tasque et tout puissant ; le cabinet est formé le plus « souvent de politiciens quelconques, chefs de groupes « parlementaires et jamais de représentants d'un grand « parti national ; dépourvus d'autorité, les ministères « se succèdent avec une rapidité déconcertante, plus de « cinquante en quarante années, et il en résulte une « instabilité gouvernementale préjudiciable à la bonne « administration des intérêts d'une grande nation. Autre « exemple : Les Etats de l'Amérique latine se sont ins- « pirés des principes constitutionnels des Etats-Unis, « ce qui ne les empêche point d'être en proie à un ma- « laise politique chronique, les coups d'État succé-

« dant aux dictatures, et les dictatures aux coups « d'Etat ».

On ne saurait montrer plus clairement que certaines lois, principalement les lois constitutionnelles ou administratives, parfaitement adaptées aux conditions de leur pays d'origine, donnent de mauvais résultats lorsqu'on les transporte à l'étranger. Par conséquent c'est aller directement à contre-fin que d'imposer aux pays d'Asie les lois de l'Europe, soi-disant pour les organiser : car de deux choses l'une, ou bien ces lois seront exécutées strictement et auront des effets déplorables dans nos pays, ou bien on ne les exécutera pas, mais alors les Etats européens qui ont intérêt à les voir exécuter interviendront chez nous pour les faire respecter. Ils les imposeront par la force, comme autrefois le droit musulman l'a été à la Perse lors de la conquête de ce pays par les Arabes.

Il va sans dire que nous ne prétendons pas non plus baser la loi toujours et uniquement sur la coutume, car il y a des coutumes mauvaises qui ne doivent pas recevoir la sanction de la loi. Ainsi c'est une coutume bien implantée en Perse que de fumer l'opium, il serait absurde de prétendre que le législateur aurait dû s'inspirer de cette coutume, pour faire une loi protégeant la vente et l'usage de l'opium. Bien au contraire, il était nécessaire de prendre des mesures pour combattre ce fléau et d'établir des sanctions légales, contre la vente et l'usage de cette drogue. On ne peut donc qu'approuver le Parlement

d'avoir légiféré à ce sujet, tout en regrettant les graves défauts de la loi sur l'opium (1).

Enfin il n'entre pas dans notre pensée de restreindre l'activité du législateur à la rédaction des coutumes, car il arrive souvent que la coutume ne précède en aucune façon la loi, et que l'élaboration de cette dernière se fait néanmoins vivement sentir. Ainsi l'article 15 de notre Constitution est en ces termes : « On ne peut exproprier « un propriétaire que moyennant des raisons légitimes, « fondées selon le droit musulman, et paiement d'un « prix équitable ».

Peut-on justifier l'expropriation en regard du droit musulman? Constatons tout d'abord que la raison humaine, source du droit, justifie cette institution. Tous les pays du monde construisent de nos jours des lignes de chemin

(1) La loi sur l'opium tend à la suppression graduelle de l'usage de cette denrée. Pour cela, elle a prévu une augmentation progressive du prix de l'opium pendant une période de 7 ans, ce qui doit amener dans l'esprit du législateur, une diminution progressive de la consommation. Au bout de cette période, l'usage de l'opium sera formellement interdit. Malheureusement, non seulement cette loi ne prévoit aucune sanction, assurant la réalisation de son but, mais encore il est certain que l'augmentation progressive du prix n'aura pas pour effet de diminuer la consommation, car les opiomanes prendront simplement l'habitude de payer plus cher leur opium; ils ne restreindront pas leur consommation pour autant. Le manque de sanction rendra d'ailleurs la défense illusoire, et au bout des 7 ans on ne se conformera pas plus à la loi que maintenant.

Pour arriver réellement à la suppression de l'opium, il aurait non seulement fallu prononcer l'interdiction au bout d'un certain temps, mais on aurait dû encore prévoir une sanction énergique, et donner à la loi une large publicité par voie d'affichage périodique, ou de conférences faites dans tout le pays, de façon à exercer, dès maintenant, sur les opiomanes une intimidation salutaire. C'est ainsi seulement que l'interdiction de l'opium pourrait être respectée, lorsque le moment sera venu de supprimer complètement cette drogue.

de fer. Or, ces constructions nécessitent l'expropriation d'un grand nombre de propriétaires. Il est certain que la propriété privée ne doit pas être défendue à un tel point qu'on lui sacrifie l'intérêt général. L'intérêt public prime en effet l'intérêt privé. L'expropriation pour cause d'utilité publique, obligeant les propriétaires récalcitrants à céder leur droit de propriété dans un intérêt plus général, est donc justifiée aux yeux de la raison. Mais lea autres sources du droit musulman, Secte chyite, elles aussi, ne prétendent paa exiger le respect de la propriété privée en toutes circonstances. La preuve nous en est fournie par les dispositions sur l'accaparement (1) (*ehtécar*) et par la parole du Prophète « Point de dommage dans l'Islam » (2).

Ainsi, bien que la coutume n'ait paa introduit jusqu'ici l'expropriation pour cause d'utilité publique, il est nécessaire, si l'on veut construire des chemins de fer en pays musulman, de légiférer dans ce domaine. L'intérêt de l'exproprié et de l'expropriant commaode une pareille mesure.

Nous avons pu soutenir, avec quelque apparence de

---

(1) En droit musulman, lorsqu'un propriétaire accapare des denrées alimentaires d'une nécessité publique, telles que le blé, l'orge, etc. pour en tirer un prix plus élevé en cas de disette, on peut contreindre l'accapareur à vendre les denrées qu'il a accaparées illégalement. C'est là une mesure qui porte atteinte au droit de propriété privée ; mais ces dispositions sont inspirées par l'intérêt public, car l'accaparement en maintenant des denrées de première nécessité à un prix élevé, constitue un grave danger, et seules des dispositions contre l'acceparement amèneront la baisse dans le prix de ces denrées.

(2) Voir plus loin dans le testament la note, page 202.

raison, qu'on doit parfois légiférer contre la coutume, ou en l'absence de coutume ; par contre, nous prétendons qu'une loi doit satisfaire à toutes les autres conditions d'ordre national et ethnographique, qui caractérisent le droit de chaque pays. « Le droit, disait déjà Aristote, n'est pas comme le feu qui brûle de la même façon chez les Perses et chez les Grecs ».

Montesquieu dans la suite a indiqué avec netteté tous les facteurs qui jouent un rôle dans l'élaboration d'une loi vraiment nationale : « Elles (les lois politiques et « civiles) doivent être tellement propres au peuple pour « lequel elles sont faites, que c'est un très grand hasard « si celles d'une nation peuvent convenir à une autre. « Il faut qu'elles se rapportent à la nature et au prin- « cipe du gouvernement qui est établi, ou qu'on veut « établir ; soit qu'elles le forment comme font les lois « politiques, soit qu'elles le maintiennent comme font « les lois civiles.

« Elles doivent être relatives au physique du pays, au « climat glacé, brûlant ou tempéré ; à la qualité du ter- « rain, à sa situation, à sa grandeur, au genre de vie des « peuples laboureurs, chasseurs ou pasteurs ; elles doi- « vent se rapporter au degré de liberté que la Constitu- « tion peut souffrir, à la religion des habitants, à leurs « inclinations, à leurs richesses, à leur nombre, à leur « commerce, à leurs mœurs, à leurs manières. Enfin « elles ont des rapports entre elles, elles en ont avec leur « origine, avec l'objet du législateur, avec l'ordre des

« choses sur lesquelles elles sont établies. C'est dans « toutes ces vues qu'il faut les considérer (1).

Nous tenons à relever spécialement parmi tous les facteurs posés par Montesquieu, celui qui a trait à la richesse du pays, pour faire remarquer qu'un état doit savoir proportionner ses dépenses à ses ressources. Une organisation judiciaire et administrative solide et suffisamment développée, telle qu'en connaissent certains états européens, est sans doute désirable, en Perse comme ailleurs ; mais une telle organisation ne peut pas être réalisée dans un pays dont les ressources sont limitées, et qui se verrait obligé de recourir à chaque instant à l'emprunt étranger pour solder son budget. Sans doute qu'une administration organisée à l'européenne, présenterait de grands avantages, elle serait néanmoins plus nuisible qu'utile à l'Etat, si elle ne correspondait pas à la richesse générale de la nation. Au lieu que si on laisse l'Etat proportionner ses dépenses administratives à ses ressources, on lui permettra de modifier progressivement son organisation, tout en sauvegardant son indépendance économique à l'égard de l'étranger. D'ailleurs il arrive parfois qu'une administration compliquée et trop bien agencée, n'est pas préjudiciable seulement aux intérêts de l'Etat, mais aussi aux intérêts des particuliers. L'administration de la justice en Perse en fournit un exemple frappant.

Avant la Constitution, nous ne connaissions qu'une

(1) Esprit des lois, Livre I, chap. III.

seule instance en matière judiciaire ; le même juge remplissait les fonctions de juge civil et pénal à tous les degrés. Mais la Constitution a établi une hiérarchie judiciaire complète, qui comprend des juges de paix, des juges de 1re instance, des juges d'appel, une cour de cassation, etc. (1).

Le nombre des magistrats judiciaires a ainsi augmenté dans une proportion considérable, mais les causes à trancher n'ayant pas augmenté dans la même proportion, il en résulte que les juges sont à l'affût des procès, et ont tout intérêt à les faire durer le plus longtemps possible, de peur qu'on ne s'aperçoive de leur inutilité, alors qu'autrefois les juges, moins nombreux, avaient suffisamment de causes pour les occuper régulièrement. En d'autres termes, ce ne sont plus les procès qui ont besoin de juge pour être réglés, mais les juges qui recherchent les procès pour occuper leurs fonctions. De même que dans un pays où il y aurait trop de médecins,

(1) Il nous semble qu'avant de procéder à la création de plusieurs ordres de tribunaux, on devrait songer à former des juges capables d'occuper ces postes. Or, bien souvent, on a des juges très remarquables, mais qui ne connaissent que le droit musulman, alors que l'organisation et la procédure imitées de l'Europe nécessiteraient aussi une connaissance complète des principes du droit moderne européen.

Malheureusement, l'Etat a passablement négligé jusqu'ici l'instruction, qui est la base de tout progrès dans ce domaine. En 1911, on a fait une loi sur l'instruction publique dont l'article 3 institue l'instruction obligatoire pour tous les citoyens. Cette disposition est une erreur et ne constitue pas un véritable progrès, car la situation géographique de la Perse et l'état de ses ressources, ne lui permettent en aucune façon d'exécuter cette disposition de la loi. Mais si l'état actuel du pays ne permet pas d'organiser actuellement l'enseignement obligatoire, il permettrait tout au moins de faire quelque chose dans ce sens, au lieu de rester complètement inerte.

ceux-ci auraient intérêt à voir éclater des épidémies, afin de trouver du travail, et qu'ils ne laisseraient pas facilement guérir leurs clients, une fois ceux-ci tombés entre leurs mains, de même lorsqu'il y a trop de juges, leur intérêt leur commande de susciter le plus grand nombre de procès possible, et de les faire durer longtemps, de sorte que l'action de la justice se trouve affaiblie. Tandis qu'avant la Constitution, les particuliers se plaignaient, avec quelque raison, de l'impuissance de la justice, aujourd'hui avec une organisation nouvelle et compliquée, ils se plaignent davantage encore de la lenteur des rouages administratifs et judiciaires.

A notre avis, imiter l'Europe, d'une manière absolue, c'est amener directement la ruine d'un pays comme la Perse. Car toutes choses doivent être proportionnées à l'importance des besoins ; or, dans un pays où il n'y a que 7 habitants par kilomètre carré, comme en Perse, il n'est pas conforme à l'intérêt de l'Etat d'adopter l'organisation d'un pays qui compte 245 habitants sur le même espace, comme c'est le cas en Belgique (1), sinon les

(1) On en a une preuve frappante dans ce qui s'est passé lors de l'institution de la régale du sel. Elle fut instituée par une loi du Parlement. L'Etat en s'appropriant l'exploitation et la vente du sel, entendait réaliser un bénéfice. Le prix fut donc fixé au triple ou au quadruple de ce qu'on payait jusqu'alors. Mais au bout de très peu de temps, on s'aperçut que l'institution de la régale avait non seulement lésé les particuliers, en les obligeant à payer le sel beaucoup plus cher qu'auparavant, mais encore qu'elle portait atteinte aux intérêts de l'Etat qui ne gagnait rien du tout, car le budget de la régale se soldait par un déficit. La véritable cause de cet état de chose résidait dans l'organisation administrative adoptée pour la régale du sel ; cette organisation compliquée, empruntée sans aucune modification aux pays européens, ne s'adaptait nullement à

rouages administratifs et judiciaires deviennent beaucoup trop compliqués et trop coûteux pour les besoins du pays. Dans bien des cas, il serait possible de simplifier l'administration, sans qu'il en résultât aucun inconvénient. Nous n'en donnerons qu'un exemple qui montrera les heureux effets qu'une pareille simplification pourrait avoir.

La loi sur l'enregistrement prévoit à l'heure actuelle, dans chaque endroit où il y a un tribunal de première instance, une administration parallèle mais indépendante, pour l'enregistrement. Cette administration de l'enregistrement cause de grands frais à l'Etat, sans aucune utilité, car elle se borne à enregistrer les actes passés dans la circonscription, mais sans en examiner la validité. On pourra donc se présenter au bureau de l'enregistrement, et faire inscrire plusieurs fois la vente ou l'engagement d'un même immeuble, à des personnes différentes. C'est seulement si un conflit survient que le juge interviendra pour examiner laquelle des opérations a été opérée et enregistrée avant l'autre. Les particuliers n'ont donc aucun intérêt à faire enregistrer les actes qu'ils passent et à payer pour les droits de mutation 5 %

---

la Perse à cause de la faible densité de sa population. Le déficit provenait aussi en bonne partie du fait de l'augmentation énorme du prix de revient. Alors que précédemment les personnes qui possédaient des mines, les exploitaient très économiquement au fur et à mesure des besoins, tout en se livrant à une autre activité, l'Etat, lui, devait entretenir à grands frais des ouvriers spéciaux, chargés exclusivement de l'exploitation. Au bout de peu de temps l'État s'est vu contraint de renoncer à la régale du sel et de rétablir le libre commerce de cette denrée.

du prix de vente, puisque leur droit n'est même pas garanti et que l'inscription, véritable but de la loi, peut d'ailleurs avoir lieu aussi auprès des tribunaux ecclésiastiques. L'enregistrement sert aussi à la vérité à constater le texte des actes et à éviter toute correction frauduleuse (1) ; mais ce but pourrait aussi bien être atteint par la confrontation des exemplaires du contrat, qui sont aux mains de chaque partie. Actuellement le peuple ne connaît pas la portée de la loi sur l'enregistrement, mais le jour où il s'apercevra qu'elle ne lui donne pas de garanties, comme cette inscription des actes de transfert immobilier n'est heureusement pas obligatoire, il s'abstiendra de faire enregistrer ces actes, et de payer le droit de mutation, ce qui détruira l'équilibre du budget de l'Etat.

Il semble donc qu'on devrait faire une loi qui garantît mieux les intérêts des particuliers et qui empêchât de faire enregistrer des actes véritablement frauduleux. Il arrive souvent, en particulier, que celui qui a aliéné sa propriété, par une vente déguisée, et qui en reste possesseur en qualité de locataire, ainsi que nous l'avons vu (2), aliène ensuite cette propriété à une autre personne, et fait enregistrer les deux opérations. Si les bureaux d'enregistrement contrôlaient la validité des actes dont on leur demande l'inscription, les enregistrements frauduleux seraient impossibles, et le nombre des procès

(1) Article 82 de cette loi.
(2) Page 65.

immobiliers diminuerait dans une proportion considérable, car à l'heure actuelle presque tous les procès de cette espèce proviennent de là. Il serait alors possible de confier l'enregistrement aux greffes des tribunaux de première instance, ce qui simplifierait l'administration d'une manière très heureuse.

Enfin, en ce qui concerne l'exécution des lois du Parlement, nous remarquons que certaines d'entre elles sont exécutoires et causent un réel préjudice à notre pays, alors que d'autres, au contraire, ne sont pas exécutoires parce que les ressources du pays ne lui permettent pas pour le moment de mettre ces lois à exécution. Elles sont donc à l'heure actuelle une lettre morte. Mais alors mieux vaudrait ne pas les faire maintenant, puisque les besoins pourront changer jusqu'au moment où les ressources du pays seront suffisantes pour les appliquer.

En résumé, jusqu'en 1906, c'est-à-dire pendant la période formaliste, il y avait conflit entre le droit coutumier et le droit musulman seulement. Mais à l'époque positiviste, soit de 1906 à nos jours, de nouveaux conflits plus aigus que les premiers, ont surgi entre le droit du Parlement et les deux droits en vigueur antérieurement.

La véritable cause de cet état de choses, c'est que le Parlement ne s'est pas inspiré pour légiférer de nos besoins, de nos mœurs et de nos ressources. Au contraire il a laissé la coutume de côté et a quelquefois imité l'Europe, d'une façon si absolue, que les règles nouvelles

n'ont de rapport ni avec nos institutions, ni avec nos besoins.

Pour élaborer des lois qui conviennent à notre pays, et qui nous épargnent de stériles conflits, il faudrait des hommes qui connaissent non seulement le droit musulman et le droit moderne européen, pour les harmoniser, mais qui soient en outre au courant des circonstances dans lesquelles la Perse vit actuellement, pour que leurs combinaisons juridiques soient conformes aux coutumes, aux besoins, à la religion et aux ressources du pays.

LE TESTAMENT

EN

DROIT MUSULMAN

(Secte Chyite)

CHAPITRE PREMIER

DÉFINITION ET NATURE JURIDIQUE DU TESTAMENT

SECTION I

Définition

D'après le dictionnaire arabe, le mot testament signifie attouchement (*eltessagh*). C'est là le sens étymologique du mot : le testateur dispose de ses biens pour les faire toucher à telle ou telle personne ; le testament établit un contact entre les biens ou les droits qu'il confère et un tiers qui jusqu'alors leur était étranger et s'en trouvait pour ainsi dire éloigné. Tester, au sens étymologique arabe, c'est donc faire toucher quelque chose à quelqu'un.

La définition que les jurisconsultes ont donnée du testament se rapproche beaucoup de la notion vulgaire d'attouchement. Nous trouvons chez les auteurs deux définitions différentes du testament ou plutôt du mot tester, mais toutes deux procèdent des mêmes principes et disent

la même chose, l'une donnant au verbe tester un sens très large et l'autre en restreignant la portée.

Tout d'abord, le jurisconsulte Mohaghegh (1) dans son livre Charaïé a donné la définition suivante : « Tester, c'est rendre quelqu'un propriétaire d'une chose, des fruits d'une chose, ou de l'usage d'une chose pour après la mort (2) ». (*Tamlico einene ov manfaatene baadal vafat*). C'est là la notion étroite du testament (*Vassiat*). Mais les jurisconsultes ont élargi considérablement cette notion dans une autre définition, qui dépasse beaucoup la simple idée de rendre propriétaire ou usufruitier. Le Chahid (3) dans son livre Lomé a su exprimer très bien ce que l'idée de tester comprend en droit musulman en dehors du simple fait de rendre propriétaire. « Tester, dit-il, c'est rendre quelqu'un propriétaire d'une chose, des fruits d'une chose, ou de l'usage d'une chose ou conférer à quelqu'un un pouvoir en vue de s'occuper d'une affaire déterminée ». *Tamlico einene ov manfaatene ov tasliton ala tassarrofene baadal vafat* (*Vassiat et vessayat*).

Le Chahid II (4) a écrit un commentaire de Lomé,

(1) Mohaghegh est un mot arabe qui signifie le vérificateur, c'est un titre qu'on a donné à ce jurisconsulte ; son nom est Djafar, fils de Hassan. Il est mort en 1291 de l'ère chrétienne. Son ouvrage Charaïé, en langue arabe, a été traduit en français par H. Querry, consul de France à Tébriz. 2 vol. Paris, Imprimerie Nationale, 1872.

(2) Cette définition est une traduction littérale de la définition de ce jurisconsulte. En droit européen, on parlerait plutôt de propriétaire, d'usufruitier et de titulaire de l'usage.

(3) Chahid est ici encore un titre qu'on a donné à ce jurisconsulte et signifie martyr. Son nom est Mohamed fils de Maki ; il est mort en 1385 de l'ère chrétienne. Son ouvrage Lomé est rédigé en arabe.

(4) Chahid II s'appelle en réalité Zeineddine Ali fils de Mohamed, mort en 1557 de l'ère chrétienne.

l'ouvrage du Chahid I. Tester c'est bien selon lui, en un certain sens, rendre propriétaire ; mais cela ne suffit pas à exprimer entièrement l'idée de la transmission des patrimoines pour cause de mort. Car on peut rendre quelqu'un propriétaire d'une chose de bien des manières diverses, et la succession testamentaire n'est qu'un moyen, une espèce de l'acquisition de la propriété parmi beaucoup d'autres. C'est pourquoi il est nécessaire de préciser et de dire : tester c'est rendre propriétaire pour après la mort. On limite et on précise ainsi cette notion, en l'appliquant aux seuls cas de transfert de propriété qui suivent la mort du « *de cujus* ». La propriété qu'on transfère ainsi, peut d'ailleurs avoir pour objet aussi bien des choses matérielles que des choses immatérielles encore, mais susceptibles de venir à l'existence, comme les fruits d'un arbre.

Dans ses définitions du verbe *tester*, le Chahid ne dit pas seulement tester, c'est rendre propriétaire d'une chose, il ajoute : c'est rendre propriétaire des fruits ou de l'usage d'une chose. Or, on peut être propriétaire de l'usage d'une chose soit pour toujours, soit pour un temps déterminé.

a) Pour toujours. Il en est ainsi quand un testateur a créé une fondation d'intérêt public ou d'intérêt privé. (*Vaghfé, âm et vaghfé khas*). La fondation est privée quand les bénéficiaires sont des personnes déterminées ; elle est publique quand les bénéficiaires ne sont pas déter-

minés, par exemple lorsque ce sont les pauvres en général qui doivent en jouir. Les bénéficiaires de fondations privées sont demi-propriétaires, car ils réunissent tous les attributs de la propriété, sauf le droit d'aliénation. Et encore pourront-ils exercer ce droit avec l'autorisation du juge, si la fondation est improductive pour eux, et à charge de la remplacer par une fondation productive. Le droit de ces usufruitiers est transmissible par succession de père en fils. Il en est de même, selon une fiction, pour les fondations d'intérêt public. On admet dans ce cas que si les pauvres de la génération du testateur sont morts, ce sont les pauvres de la génération suivante qui prennent leur place, en qualité de véritables successeurs.

b) Pour un temps déterminé. On distingue de nouveau deux espèces dans cet usufruit temporaire. On appelle « *Habs* » la première espèce, il s'agit d'un usufruit institué pour un temps qui est déterminé exactement d'avance; quant à l'autre espèce, on l'appelle « *omra* » ; c'est une jouissance viagère en faveur d'une personne déterminée, elle est donc intransmissible par succession. On l'appelle « *socna* », dans le cas où la jouissance viagère est un droit d'habitation.

Enfin tester, au sens large, c'est en dernier lieu, suivant Chabid, conférer à quelqu'un un pouvoir en vue d'une affaire déterminée (*Yessayat*). Il s'agit ici d'un pouvoir que le testateur confère à la personne qu'il désigne dans son testament ; pouvoir qui s'exercera tantôt sur le corps par

exemple pour qu'on accomplisse à son égard les ablutions rituelles ou pour qu'on enterre son cadavre, tantôt sur d'autres personnes, ainsi sur la personne de ses enfants. Il en est ainsi, en particulier, lorsque le testateur désigne un tuteur pour ses enfants.

En droit musulman, Secte chyite, on ne comprend sous le nom d'héritiers que les héritiers légaux, ceux que la loi appelle à la succession indépendamment de toute disposition testamentaire. Les personnes désignées par le testateur dans son testament ne sont pas des héritiers. Nous appellerons ces successeurs-là du terme générique de légataires, lorsque le testateur leur a légué la propriété d'un bien ; nous les appellerons titulaires d'un pouvoir, dans le cas où le testateur leur a simplement conféré un pouvoir par son testament.

Remarquons d'ailleurs, qu'un héritier, appelé ab intestat, peut en même temps être légataire ou titulaire d'un pouvoir dans la même succession, si le défunt lui a légué par testament une part de son disponible,ou lui a conféré un pouvoir sur une personne ou une chose.

Nous avons exposé jusqu'ici les différentes définitions que les jurisconsultes ont données du testament ; nous ne pouvons d'ailleurs nous rallier à aucune d'entre elles, car il n'est que partiellement juste de dire que le testateur rend propriétaire d'une chose ou de l'usage d'une chose ou titulaire d'un pouvoir. A lui seul il n'est pas capable d'opérer ces modifications, il est nécessaire qu'une acceptation intervienne de la part de celui qui est institué.

Seule cette acceptation rend le testament parfait comme nous le verrons dans la suite.

Pour donner une définition exacte du testament au sens large, nous dirons donc que c'est la manifestation de volonté (acte) d'une personne, relative à ses intérêts, dont l'exécution aura lieu après sa mort (*enchaé amrist quäi edjraïé monchaa moallaghé bé movtest*). Nous disons que cette manifestation de volonté est un acte, il convient de préciser la portée de ce terme en droit musulman. En français, le mot acte a un sens très large, il s'emploie pour désigner toute manifestation consciente de la vie humaine. Ainsi en ce sens, une parole est un acte juridique car à elle seule une parole peut être constitutive d'un acte illicite, mais une action proprement dite est aussi un acte, ainsi le simple fait de frapper quelqu'un peut constituer aussi un acte illicite. Dans la terminologie du droit musulman, il n'existe pas de terme qui corresponde au mot acte au sens large, tel que nous venons de le définir. Deux mots différents expriment cette notion ; on distingue la parole juridique : « *aghvalé hoghoughillé* » et l'action juridique « *afalé hoghoughillé* »

Les actes juridiques au sens large (*afâl et aghvalé hoghoughillé*) peuvent être de deux sortes ; ils sont ou bien constitutifs de droit, ou bien déclaratifs de droit. On appelle les premiers « *enchâ* » et les seconds « *ekhbar* ». L'acte déclaratif ne fait que reconnaître un état de droit déjà existant, il constate une situation acquise. Il est en quelque sorte d'ordre passif. L'acte constitutif, lui, crée

un nouvel état de droit, il ajoute quelque chose de nouveau à une situation juridique antérieure, il la modifie ; il est actif de sa nature. Ainsi, si X signe une reconnaissance de dette, constatant qu'il est débiteur d'Y, il fait un acte déclaratif. La dette existait dès avant le moment où X l'a reconnue, il n'y a pas eu création de rapports de droit nouveaux. Au contraire si X fait son testament, il crée une situation juridique nouvelle, bien que ce testament ne puisse déployer ses effets que beaucoup plus tard peut-être ; il modifie l'état de droit ancien et en constitue un nouveau. Le testament est donc un acte constitutif de droit. L'action juridique (*afâlè hoghoughillé*) peut être aussi bien que la parole juridique (*aghvalè hoghoughillé*) constitutive ou déclarative de droit, bien que cela paraisse un peu extraordinaire à première vue. Admettons un muet qui donne quelque chose à une autre personne ; la simple remise de la chose, en dehors de toute parole prononcée, constitue une action juridique constitutive de droit.

Quant à l'action juridique déclarative de droit, elle se trouve réalisée dans le fait, par un muet, d'apposer sa signature sur un écrit qui constate un droit. Le droit existait avant l'action du muet qui ne l'a pas créé, mais s'est borné à reconnaître un droit déjà existant.

Il peut arriver que l'auteur d'un acte constitutif de droit se trouve lié par son acte, sans intervention d'autrui (acte unilatéral) ; c'est ce qu'on appelle en droit musulman « *ighâ* ». Par exemple, si un maître a affran-

chi son esclave, il ne pourra plus ensuite le revendiquer, quand bien même l'esclave n'aurait pas participé par une acceptation à l'acte d'affranchissement. De même, si un mari a répudié sa femme, il est lié par cette répudiation quand bien même la femme n'aurait pas consenti à la répudiation. Il s'agit donc ici d'actes unilatéraux qui lient leur auteur d'une manière absolue, même lorsqu'aucune volonté étrangère n'y a participé.

Par contre, il peut arriver que l'acte constitutif de droit ne puisse avoir d'effet, sans l'intervention d'une autre personne que l'auteur de l'acte. On a alors un contrat « *aghde* ». Ce mot signifie nœud, parce que pour former un contrat, il est nécessaire que deux volontés s'unissent, se nouent.

Par conséquent, nous donnerons la définition suivante du contrat, « *aghde* » : c'est la concordance de volonté de deux ou plusieurs personnes, en vue d'un effet juridique déterminé. (*Tavafoghé meilé djamïst baraïe amri*).

Avant d'étudier les formes que peuvent revêtir ces contrats en droit musulman, remarquons encore que les actes déclaratifs de droit sont toujours unilatéraux, en ce sens qu'ils ne nécessitent jamais la concordance de deux volontés en vue d'un effet juridique nouveau.

Il existe deux espèces de contrats en droit musulman, les contrats obligatoires et les contrats facultatifs. Il convient de préciser la portée de ces deux dénominations inconnues aux législations occidentales.

1° Contrats obligatoires « *oghoude lazémé* ».

Ce sont ceux dans lesquels les parties contractantes ne peuvent pas, en principe, se retirer unilatéralement du contrat. Pour mettre un terme à la force obligatoire du contrat, l'intervention des deux parties est nécessaire ; elles ne peuvent dénouer qu'ensemble ce qu'elles avaient noué d'un commun accord. Toutefois, s'il existe un juste motif, chaque partie peut se départir unilatéralement du contrat. Ce sera le cas, par exemple, dans le bail à loyer, qui est un contrat obligatoire, si le preneur ne paie pas son loyer. Le bailleur pourra se départir unilatéralement du contrat ; mais encore faut-il que cette faculté lui ait été reconnue expressément par la *lex contractus*. A défaut de clause spéciale visant cette éventualité, le contrat ne pourra être rompu unilatéralement.

Ces contrats obligatoires se caractérisent tantôt comme des contrats à titre gratuit, ainsi la donation, tantôt comme des contrats à titre onéreux, ainsi la vente. Ils peuvent être générateurs d'un droit, ainsi un testament qui conférerait tel ou tel droit au légataire pour après la mort du testateur, ou extinctif d'un droit, tel le cas où le testateur décharge son débiteur de son obligation, mais encore à la condition que le débiteur accepte d'être déchargé, ou enfin ils peuvent aussi être translatifs de droit, si, par exemple, un testateur transmet à son légataire la créance qu'il a contre un débiteur.

2° Contrats facultatifs « *oghoude djaesé* ».

C'est une espèce spéciale de contrats dont le nom même indique les particularités. Bien que les parties contractantes aient créé un lien entre elles, bien qu'elles se soient nouées ensemble, selon l'expression arabe, chacune d'elles peut dénouer ce lien sans le consentement de l'autre, par conséquent se départir unilatéralement du contrat. Citons comme exemple de cette espèce particulière de contrats, le prêt à usage, dans lequel le prêteur peut réclamer la restitution de la chose et l'emprunteur opérer cette restitution, chacun à son gré, au moment où il le veut, et sans le consentement de sa contre-partie. Tel est aussi le dépôt, dans lequel, déposant et dépositaire, peuvent réclamer ou rendre la chose en tout temps. Citons encore parmi ces contrats le mandat, la société, etc. Tous sont essentiellement facultatifs, mais avec cette particularité curieuse qu'on peut les rendre obligatoires dans certaines circonstances. Tel serait le cas d'un contrat de mandat stipulé conjointement et comme partie intégrante d'un bail à loyer. Le caractère obligatoire de ce dernier contrat l'emporte et enlève au mandat son caractère facultatif. Admettons qu'un propriétaire d'immeuble confie à quelqu'un le mandat de faire exécuter des réparations à son immeuble. Ce contrat de mandat sera purement facultatif. Mais si le, même propriétaire donne son immeuble à bail à un locataire et qu'il charge accessoirement celui-ci, dans le

contrat de louage, de faire exécuter les réparations pour son compte, le caractère obligatoire du contrat de bail se transmettra aussi au mandat, qui cessera d'être un contrat facultatif.

Ayant ainsi donné un bref aperçu de la classification des contrats en D. M. S. C., nous pouvons aborder l'étude du testament pour en déterminer la nature juridique.

SECTION II

Nature juridique du testament

Selon les jurisconsultes, tester, avons-nous dit, c'est rendre propriétaire ou usufrutier, ou conférer un pouvoir sur une personne ou une chose. La nature juridique du testament varie, suivant que le testateur a eu en vue l'un ou l'autre des buts énoncés dans cette définition.

S'il a conféré un pouvoir à quelqu'un (*vessayat*), le testament est un contrat, parce que l'acceptation de celui a qui on confère le pouvoir est nécessaire.

Si, au contraire, il a rendu le légataire propriétaire ou usufrutier, une distinction s'impose. Ou bien le bénéficiaire est une personne déterminée, et dans ce cas, son acceptation est aussi nécessaire, et le testament est encore un contrat, ou bien la personne instituée par le testament n'est pas déterminée, ainsi le testateur a donné ses biens aux pauvres ou les a affectés à un but d'utilité publique et dans ce cas, le testament n'est plus un con-

trat, il devient un simple acte, ce que nous avons appelé *igha*.

Le testament est donc tantôt un contrat, tantôt un acte. Dans les cas où c'est un contrat, dans laquelle des deux catégories que nous avons distinguées rentre-t-il ? Est-il facultatif ou obligatoire ? Cette question est assez délicate à résoudre, et on ne peut dire d'une manière absolue : le testament est un contrat facultatif, ou bien : c'est un contrat obligatoire. Il est en effet tantôt l'un et tantôt l'autre, suivant le moment où l'on se place pour résoudre cette question. Tant que le testateur vit, il peut résilier le contrat, c'est-à-dire annuler le testament, quand il le veut et comme il veut ; d'autre part, la personne en faveur de qui le testament est fait, celle qui est instituée légataire, peut de son côté se retirer du contrat, tant que le testateur n'est pas mort, et cela, même si elle avait donné son acceptation lors de la confection de l'acte. Nous pouvons dire par conséquent : tant que le testateur n'est pas mort, et malgré l'acceptation intervenue de la part de l'institué, le testament est un contrat facultatif. Par contre, une fois le testateur mort, soit que l'acceptation ait été donnée avant, soit qu'elle ait été donnée après la mort, l'institué accepteur ne peut plus se retirer du contrat. Le testament revêt alors le caractère du contrat obligatoire. En résumé, la mort du testateur se produisant après l'acceptation du légataire ou de l'usufruitier, fait du testament un contrat obligatoire.

Ce que nous venons de dire, s'applique aux seuls cas

même du testateur après sa mort, par où le testateur a désigné un légataire ou un usufruitier de ses biens. Mais si, par son testament, il a conféré un pouvoir à quelqu'un en vue d'une affaire déterminée, le caractère facultatif ou obligatoire du contrat se détermine différemment ; lorsque la personne à qui le pouvoir a été conféré, a eu connaissance de la disposition testamentaire, la mort suffit à rendre le contrat obligatoire, sans qu'on se préoccupe de savoir s'il y a eu ou non acceptation de la part de l'institué. On estime que, si celui-ci avait l'intention de ne pas accepter, il devait, de son vivant, aviser le testateur de son refus. Il est d'ailleurs évident que, pour pouvoir refuser, le titulaire du pouvoir devait avoir connaissance de la disposition lui conférant tel ou tel pouvoir. Cette rigueur s'explique par le fait que dans ces cas-là, le législateur désire protéger avant tout les intérêts du testateur. Si, par exemple, le testateur a désigné un tuteur pour ses enfants dans son testament, on estime nécessaire que la personne désignée fasse connaître son refus d'accepter avant la mort du testateur. On désire par là, tout à la fois protéger les enfants et donner plus d'efficacité à la volonté du testateur, qui mérite d'être respectée, car mieux que le juge, le testateur pouvait apprécier la personne capable d'être le tuteur des enfants. C'est pour ces raisons qu'on a rendu, dans ce cas, le testament obligatoire dès la mort du testateur, sans se préoccuper de l'acceptation.

Mais il peut arriver, que celui à qui un pouvoir a été conféré, un testateur par exemple, n'ait pas eu connaissance

de la disposition testamentaire qui l'instituait, avant la mort du tuteur. Dans ce cas, il pourra encore refuser son acceptation, même après la mort. Bien plus, il aura la faculté, après avoir refusé, d'accepter sa nomination, à la condition que le juge n'ait pas désigné une autre personne à sa place. On tient compte ici encore de l'intérêt des enfants mineurs.

Quant au légataire, qui a refusé un legs du vivant du testateur, il peut encore l'accepter après la mort de ce dernier, si la disposition subsiste.

Par contre, si ce légataire a refusé son acceptation après la mort, il ne pourra plus accepter ensuite.

Les contrats du D. M. S. C., qu'ils soient obligatoires ou facultatifs, peuvent être consensuels ou réels.

1° CONTRATS CONSENSUELS. — Ce sont des contrats parfaits par la rencontre de l'offre (*idjab*) et de l'acceptation (*ghaboul*). Si un vendeur dit : je vends, et que l'acheteur réponde : j'achète, le contrat est rendu parfait par ce consentement mutuel.

2° CONTRATS RÉELS. — Ce sont les contrats qui ne sont parfaits qu'après l'accomplissement d'un acte matériel (*ghabz*), comme la remise d'une chose. Le droit musulman en connaît plusieurs espèces, comme l'hypothèque, le dépôt, la fondation, etc. Ainsi, la déclaration de volonté de l'auteur d'une fondation ne suffit pas à constituer celle-ci ; il faut encore qu'il remette l'objet de la fondation à qui de droit.

Il résulte de ce que nous venons de dire, que là ou le testament est un contrat, ce n'est jamais un contrat réel. Car en matière de testament, la remise de la chose n'est pas nécessaire ; c'est la manifestation de volonté du testateur et l'acceptation du légataire, qui rendent le contrat parfait. Le testament est donc un contrat consensuel.

Remarquons encore, d'une manière toute générale, que les contrats, qu'ils soient consensuels ou réels, peuvent être formels ou non formels. On appelle contrats formels, ceux dont l'existence et la perfection sont subordonnées à l'emploi de certaines formes, indiquées par le législateur. Citons comme type de contrat de ce genre, le mariage. Par contrat de mariage, le droit musulman entend la conclusion même du mariage, l'offre et l'acceptation ensuite desquelles il est conclu, et non pas, comme en droit moderne européen, la réglementation des rapports économiques entre les époux. Ces derniers contrats sont inconnus du droit musulman, qui n'admet que la séparation de biens. Le mariage est un contrat formel en ce sens que l'offre et l'acceptation doivent être faites en langue arabe. Toutefois, si les contractants ne savent pas l'arabe, ils ont la faculté de s'exprimer en persan ou en une autre langue.

Le testament est, lui aussi, en une certaine mesure, un contrat formel. Nous allons nous en rendre compte, en étudiant plus loin la forme qu'il doit revêtir.

Nous avons dit que le testament, c'est la manifestation de

volonté (acte) d'une personne, relative à ses intérêts, dont l'exécution aura lieu après sa mort. En ce qui concerne la nature juridique de cette manifestation de volonté, les jurisconsultes, en particulier Mobaghegh, ont admis que le testament est un contrat, puisqu'il ne peut déployer ses effets, que si la volonté d'une autre personne vient corroborer celle du testateur. Le testament, comme tel, est à la vérité, un simple acte, mais il n'a aucun effet par lui-même. Par exemple, si X lègue son chien à Y par testament, ce legs sera sans valeur tant qu'Y n'aura pas donné son acceptation. Mais une fois qu'Y a donné son acceptation, il est lié par la disposition testamentaire.

Si le chien légué par X avait mordu une tierce personne avant l'acceptation, au moment où le testament existait déjà, ce seraient les héritiers, et non pas Y, qui seraient responsables de cet acte illicite. Par contre, si la morsure a été faite après l'acceptation d'Y, c'est ce dernier qui sera responsable de cet acte, bien qu'il ne soit pas encore en possession du chien. Le légataire est donc lié par un véritable contrat, et l'on ne peut pas dire que le testament soit un simple acte juridique.

De même celui à qui le testateur a conféré un pouvoir par testament, un tuteur par exemple, est lié par un contrat, dès le moment où il a donné son acceptation ; il répond en effet, dès ce moment-là, de sa gestion.

En résumé, nous pensons que pour apprécier la nature juridique du testament, il faut opérer une distinction.

On peut admettre, comme les jurisconsultes de la Secte chyite, que le testament est un contrat, lorsque l'acceptation du légataire est nécessaire pour le perfectionner ; dans d'autres cas, il est un simple acte juridique sans caractère contractuel ; il en sera ainsi en particulier lorsque le bénéficiaire du legs est indéterminé, par exemple si ce sont les pauvres en général, ou si le legs est fait dans un but d'utilité publique. La disposition testamentaire est alors parfaite et exécutoire d'emblée, sans aucune acceptation. C'est ainsi que nous pouvons dire, en nous plaçant au point de vue des jurisconsultes, que le testament est un contrat ou un simple acte juridique unilatéral (*igha*), suivant que les bénéficiaires interviennent ou non à l'acte.

CHAPITRE II

CRÉATION DU TESTAMENT

SECTION

Forme du Testament.

1° Comme toutes les législations, le D. M. S. C. exige des testateurs l'observation de certaines formes déterminées dans la confection de leur testament. Le but de ce réquisit de la forme est, comme partout ailleurs, d'assurer une plus grande solennité à la confection de cet acte. On estime que certaines précautions sont nécessaires, pour obtenir une plus grande sécurité dans la transmission des patrimoines par testament, et pour donner aussi à cet acte toute l'importance qu'il doit avoir, puisque, en testant, le disposant fait en réalité acte de législateur, ainsi que le constatait déjà l'antique conception romaine.

2° Le droit musulman connaît deux espèces de testament quant à la forme : le testament oral et le testament écrit.

Une seule formalité est exigée : la présence de deux témoins, sans qu'il y ait lieu de distinguer sur ce point entre le testament oral et le testament écrit. Quant à la langue employée, il n'est pas nécessaire de s'exprimer en arabe et toute espèce de langue est autorisée.

a) TESTAMENT ÉCRIT. — Après sa confection, le testateur doit le présenter à deux témoins, en leur déclarant que c'est l'objet de ses dernières volontés. La déclaration du testateur aux témoins est de rigueur. Toutefois le testament sera valable même sans déclaration, si le testateur est muet, et qu'après avoir écrit son testament, il le présente aux témoins par un signe, en leur faisant comprendre que ce sont là ses dernières volontés.

Les témoins peuvent être renseignés ou non sur le contenu du testament. Lorsqu'ils ne le sont pas, nous avons le testament mystique.

b) TESTAMENT ORAL. — Ici le testateur se borne à déclarer à haute voix ses dernières volontés aux deux témoins. Naturellement l'emploi de cette forme est exclu pour les muets, même s'ils se faisaient comprendre par signes.

3°. La présence de deux témoins constitue donc la formalité essentielle dans la confection du testament. Dans la règle, on exige d'eux qu'ils soient Musulmans et justes (1).

Dans le cas où on ne pourrait trouver deux témoins

(1) Juste signifie ici honnête, droit, de bonne réputation.

Musulmans et justes, il est permis de s'adresser aux adeptes d'une des religions qui admettent les livres saints (1).

Certaines particularités concernant les témoins, sont intéressantes à noter. Tout d'abord, si le testament n'a pas pour objet de conférer un pouvoir, mais qu'il rende seulement propriétaire ou usufruitier, un seul témoin suffira, mais son témoignage ne sera valable que s'il est confirmé sous la foi du serment. Dans le cas où on aurait un homme et deux femmes fonctionnant comme témoins, leur témoignage vaudra celui de deux témoins hommes, mais toujours à la condition que le testament ne confère pas de pouvoirs sur une personne (désignation d'un tuteur, etc). Cette particularité, concernant la valeur du témoignage des femmes, est tirée de la procédure judiciaire du droit musulman où le témoignage de quatre femmes équivaut à celui de deux hommes.

Si le testament confère un pouvoir sur quelqu'un et qu'il ait été fait devant trois témoins femmes, leur témoignage sera sans valeur, et le testament ne sortira pas ses effets. Au contraire, si l'objet du testament est de rendre quelqu'un propriétaire ou usufruitier des biens du testa-

(1) Les religions qui admettent les livres saints sont la religion de Moïse et celle de Jésus-Christ. Quant aux Zoroastriens, ils sont assimilés aux adeptes des religions à livres saints par le D. M. S. C., parce que, selon les traditions de la Secte chyite, Zoroastre fut leur Prophète et l'Avesta leur livre saint ; la tradition rapporte que ce livre a été brûlé et le Prophète tué.

Les adeptes de toutes ces religions peuvent donc fonctionner comme témoins en l'absence de Musulmans.

teur, le témoignage de trois femmes suffira à assurer la validité du testament, mais, chose curieuse, seulement pour les 3/4 des biens légués. Si deux femmes seulement ont été témoins, les dispositions testamentaires sortiront leurs effets pour la moitié des biens légués, enfin s'il n'y a qu'une seule femme comme témoin, pour le quart.

Toutes les fois qu'il s'agit de conférer un pouvoir sur quelqu'un ou sur quelque chose par le moyen du testament, la présence de deux témoins mâles, Musulmans et justes, est exigée, ou bien aussi, de deux témoins non Musulmans, mais adeptes des religions qui reconnaissent les livres saints. Pourtant, même pour cette espèce de testament, certains jurisconsultes admettent que la présence d'un témoin suffit, s'il confirme son témoignage par serment.

D'une manière toute générale, le testament peut d'ailleurs être valable en l'absence de tout témoin, à la condition que le juge ait la conviction qu'il a bien affaire au testament de telle ou telle personne. Ce sera le cas par exemple, si c'est à lui-même, juge, que le testateur a fait sa déclaration, en présentant son testament (1).

(1) Le droit musulman exige des juges des capacités et des qualités toutes spéciales, et il est très strict sous ce rapport. Un juge doit avoir, selon lui 12 qualités obligatoires et 15 qualités recommandables. Parmi les premières, se rencontrent des qualités tant morales que scientifiques; elles impliquent donc des capacités spéciales et la connaissance des sources du droit, de la législation, etc. C'est seulement lorsqu'un juge, réunissant toutes ces qualités, a la conviction qu'un testament, confectionné en dehors de la présence de tout témoin, doit néanmoins être exécuté, qu'on

Notons encore en terminant que certaines personnes ne peuvent fonctionner comme témoins. Tel est le cas du légataire ou de toute personne à qui un pouvoir a été conféré par le testament.

SECTION II

L'acceptation et ses effets.

Le testament, avons-nous vu, est, dans la plupart des cas, un véritable contrat, c'est-à-dire que deux parties doivent intervenir à l'acte pour déclarer leur volonté. En étudiant la forme du testament, nous nous sommes occupés de l'activité de l'une des deux parties au contrat, c'est-à-dire de l'élaboration par le testateur de ses dernières volontés. Il convient maintenant de s'occuper de l'activité de la contre-partie dans le contrat, c'est-à-dire de l'acceptation et de ses effets.

§ 1. — Modes d'acceptation

L'acceptation, nous l'avons vu en nous occupant de la nature contractuelle du testament, a lieu du vivant du testateur ou après sa mort, suivant les cas. Comment un légataire ou le titulaire d'un pouvoir manifestent-ils leur acceptation ?

Le D. M S. C n'exige aucune forme spéciale. L'acceptation peut donc être expresse ou tacite. L'acceptation

reconnaîtra la validité d'un tel testament. La conviction d'un juge d'occasion, qui ne réunirait pas toutes les qualités prescrites, ne suffirait pas pour donner au testament force exécutoire.

expresse peut être orale ou écrite. Elle se trouve donc réalisée dès que le légataire, ou le titulaire d'un pouvoir, a manifesté expressément, d'une manière quelconque, sa volonté d'accepter le testament.

L'acceptation tacite peut se manifester très diversement. En voici deux formes à titre d'exemple.

Le commodataire d'une chose est institué légataire de celle-ci par celui qui la lui avait confiée. A la mort du testateur, sachant qu'il est légataire de cet objet, il refuse de le rendre aux héritiers du testateur ; il y a là une acceptation tacite de la disposition testamentaire. Ou bien encore, et ce cas se produit très fréquemment, une personne que le testament a instituée, s'ingère dans la succession, pour entrer en possession de son legs. Ici aussi, nous avons une acceptation tacite.

Dans la règle, une acceptation expresse est nécessaire. Le simple silence gardé par le légataire, sans aucun acte quelconque de sa part, ne peut jamais faire présumer une acceptation. Ainsi, si X, sachant qu'il est institué légataire de 1000 tomans, ne fait absolument rien ni par parole, ni par acte, pour manifester sa volonté d'accepter, on présumera qu'il n'accepte pas le legs.

Il serait tout à fait normal qu'on exige, dans la règle une acceptation expresse, car dans tout contrat, il est nécessaire que la volonté des deux parties s'exprime clairement et sans ambiguité, et une acceptation expresse, ou dans tous les cas résultant clairement des circonstances, satisfait seule à ce réquisit.

§ 2. Effets de l'acceptation

I. *En général.*— Nous avons dit que l'acceptation, après la mort du testateur, rend le testament obligatoire. Dans ce cas, l'accepteur est obligé, il est lié par le contrat selon la volonté du testateur, exprimée dans le testament.

Quels sont les effets d'une acceptation expresse ? L'opinion des jurisconsultes varie à ce sujet. Les uns déclarent que la simple déclaration d'acceptation, bien que valant comme acceptation, ne suffit pas à rendre le testament obligatoire ; un acte matériel, la prise de possession ou l'entrée en fonctions est encore nécessaire, selon eux, pour emporter cet effet. Là où il n'y a pas eu d'acte matériel, l'accepteur peut encore se retirer, malgré son acceptation expresse. Les jurisconsultes qui soutiennent l'opinion opposée, déclarent au contraire, que l'acceptation expresse suffit pour rendre le testament obligatoire. Cette opinion est évidemment la seule juste, car elle est conforme à la nature du testament.

Elle est, d'ailleurs, aussi, conforme à ce que nous dirons plus bas de l'acceptation du titulaire d'un pouvoir. Ce dernier, en effet, une fois qu'il a adhéré au testament, ne peut s'en départir, même du vivant du testateur, sans en aviser celui-ci. A bien plus forte raison ne pourra-t-il pas retirer son acceptation après la mort du testateur, quand bien même il n'exerce pas encore le pouvoir qui lui est conféré.

L'acceptation peut aussi être partielle, c'est-à-dire être

restreinte à telle ou telle portion des dispositions testamentaires. Dans ce cas, l'acceptation ne déploie ses effets et n'oblige l'accepteur, que jusqu'à concurrence de la portion qu'elle vise.

II. *Différence entre l'acceptation du légataire et l'acceptation du titulaire d'un pouvoir.*

Nous avons vu qu'à l'égard du légataire ou de l'usufruitier, le testament reste un contrat facultatif même après l'acceptation, tant que le testateur n'est pas mort. Il en résulte que le légataire peut librement se retirer du contrat unilatéralement, du vivant du testateur, quand même ce dernier n'aurait pas connaissance du retrait de l'acceptation.

Il en est autrement à l'égard du titulaire d'un pouvoir conféré par le testament. S'il a déclaré accepter le testament du vivant du testateur, et qu'il veuille retirer cette acceptation, il ne pourra le faire qu'en faisant connaître sa décision au testateur. Si ce dernier meurt sans avoir eu connaissance du retrait, l'accepteur primitif reste obligé, malgré qu'il ait entendu se retirer. Cette différence entre le légataire et le titulaire d'un pouvoir tient à la nature du contrat, ainsi que nous l'avons vu précédemment. Nous avons dit que cette solution était justifiée par l'intérêt public et par la nécessité de prendre en considération les intérêts des enfants mineurs en matière de tutelle testamentaire.

Ainsi, admettons que le testateur ait donné pouvoir à

un tiers dans son testament. pour partager ses biens aux pauvres après sa mort. Si la personne chargée d'accomplir ces dernières volontés accepte, elle ne pourra plus se départir du contrat qu'en avertissant le testateur. Mais tout retrait de l'acceptation après la mort du testateur serait nul. C'est ici l'intérêt des pauvres, donc l'intérêt public qui justifie ces dispositions. Au contraire, le légataire qui accepte du vivant du testateur, peut se retirer du contrat, même sans que le testateur en ait connaissance, donc même après sa mort, parce que les biens, légués, s'ils ne vont pas au légataire, en cas de refus par celui-ci, iront nécessairement à un autre héritier ou à la caisse publique (*beitol mal*).

Tandis que, lorsqu'il s'agit de pouvoirs conférés par le testament, on exige que le testateur soit averti de tout retrait de l'acceptation ; car le testateur, tant qu'il n'a pas connaissance du retrait, est en droit de croire que le titulaire du pouvoir maintient son acceptation, et ne songera pas à lui substituer quelqu'un pour assurer l'exécution de sa volonté. Or, dans certains cas, l'inexécution des volontés du testateur, par celui-là même auquel il a entendu confier le soin de les réaliser, serait irréparable, puisque personne d'autre ne serait apte à remplacer le défaillant. Expliquons-nous brièvement à ce sujet. Le pouvoir que le testateur confère à telle ou telle personne par son testament peut être de diverses sortes : tantôt c'est un pouvoir sur une personne, ainsi sur la personne même du testateur pour après sa mort, aux

fins d'enterrer son corps, ou encore sur ses enfants, lorsque le testament désigne un tuteur. Si la volonté du testateur n'est pas accomplie par suite de retrait d'acceptation de l'institué, le mal ne sera pas irréparable, puisqu'on enterrera tout de même le cadavre du défunt, et que le juge nommera un autre tuteur à ses enfants. La volonté du testateur sera en définitive réalisée, quoique imparfaitement.

Au contraire, lorsqu'il s'agit d'une autre espèce de pouvoirs, par exemple, si le testateur a conféré à X le pouvoir d'édifier un immeuble après sa mort ou de distribuer ses biens aux pauvres, ici, le retrait de son acceptation, par la personne instituée à l'insu du testateur, serait irréparable, en ce sens que le juge ne peut rien pour faire accomplir la volonté du de cujus. Cette volonté ne serait donc pas respectée, et c'est ce qu'il faut éviter à tout prix : c'est pourquoi un retrait de l'acceptation n'est pas admissible, si le testateur n'en a pas eu connaissance.

Avant de terminer cette étude des effets de l'acceptation, citons encore un cas particulier : c'est celui où un légataire meurt après la mort du testateur, mais avant d'avoir accepté. Ses héritiers pourront alors accepter pour lui. Mais il n'en sera pas de même pour les héritiers de celui auquel le testateur a conféré un pouvoir. Car le pouvoir lui avait été attribué par le testateur en considération de sa personne ; ses héritiers ne peuvent donc pas le remplacer et accepter en son lieu et place.

SECTION III

Légitimation des parties.

Nous avons à examiner successivement la légitimation, c'est-à-dire la faculté d'agir en telle ou telle qualité du testateur, du légataire et enfin du titulaire d'un pouvoir.

§ 1 Légitimation du testateur

Le droit exige de toute personne qui veut tester la réunion de certaines qualités, qui sont d'ordre public.

Les conditions que doit remplir un testateur sont au nombre de deux ; il doit avoir la capacité et la détermination.

1. *La capacité*. — Elle comprend deux éléments : la puberté et le discernement.

a) la puberté (*bolough*).

Chez les individus du sexe masculin, on a admis 3 critères différents, pour déterminer le moment de la puberté au point de vue juridique. Un jeune garçon est pubère :

1° à l'âge de 15 ans révolus (1).

(1) Dans la Secte sunnite, on n'a pas fixé d'âge légal pour la puberté ; la question de savoir si un enfant est pubère ou non est une question de fait ; à défaut de signes évidents, tels que la villosité des parties naturelles, cette question peut être l'objet d'un examen de fait.

Tohfat d'Ebn Acem traduit et commenté par Martel et O. Houdas, Alger 1882, p. 711.

2° à l'apparition de la villosité sur le pubis.

3° à l'apparition de l'émission séminale.

La présence chez un individu d'un seul de ces trois réquisits suffit à établir la preuve de la puberté.

Quant aux jeunes filles, elles sont pubères à l'âge de 9 ans ou à l'apparition du flux menstruel (1).

b). Le discernement (*aghle* au sens large).

On distingue, dans la Secte chyite (2), deux degrés dans le discernement. Le discernement parfait (*aghle va rochd*)

---

(1) Ces indications sont conformes à la nature des choses en Arabie où ces traditions juridiques sont nées ; là, l'apparition du flux menstruel correspond à peu près à l'âge de 9 ans ; mais dans des pays moins chauds que l'Arabie, en Perse par exemple, il y a un grand écart entre l'apparition du flux menstruel et l'âge de 9 ans.

(2) Dans la Secte sunnite, on admet qu'on peut tester même avant la majorité. Même à l'incapable et à l'impubère, il n'est pas interdit de tester, pourvu qu'ils discernent les rapports simples des choses (Tohfat d'Ebn Acem op. cit. et p. 737).

Voici comment on a envisagé le problème de la majorité dans cette Secte. On a divisé la vie de l'homme en un certain nombre de périodes :

a. La première enfance. Cette période va de la naissance à l'âge de 7 ans. Jusqu'à cet âge-là, l'enfant est considéré comme complètement privé de discernement.

b. L'enfance discernante. Elle commence à l'âge de 7 ans et va jusqu'au moment de la puberté. Dans cette période, l'enfant juge déjà des choses, il sait distinguer entre un objet et un autre, mais il ne discerne pas encore la portée de ses actes.

c. La puberté, qui commence à l'époque où apparaissent les signes de la puberté, époque variable chez l'homme comme chez la femme, et dure jusqu'à 25 ans, âge de la majorité parfaite.

d. La majorité parfaite. Elle commence à 25 ans, soit à l'âge de la parfaite raison. C'est le début d'une période où l'homme est en possession complète de ses facultés physiques et mentales. Il est apte à juger de tous ses actes, et à exercer tous ses droits et ses devoirs.

Quand apparait l'âge de raison ? Cette question est l'objet d'une controverse dans le rite hanéfite, qui est un rameau de la Secte sunnite. D'après une première opinion, celle de l'Immani Azam, chef du rite hanéfite, on

et le discernement imparfait (*aghle* au sens restreint). Le discernement est imparfait chez l'homme qui, tout en se rendant bien compte de ses actes, n'apprécie pas à leur juste valeur la portée et les conséquences de ces mêmes actes dans certaines activités. Le cas typique de cet état d'esprit est la prodigalité.

Ceux qui ne possèdent que le discernement imparfait jouissent de l'exercice des droits civils, mais d'une

---

considère que l'homme atteint l'âge de raison à 25 ans. C'est alors que son intelligence a acquis son plein développement et qu'il est en état de diriger sa vie. Il est capable. La seconde opinion est celle des Immani Ebou-Youssouf et Mohammad, élèves de Imame Azam. Pour eux, l'âge de raison commence avec la période de la vie où apparaît la puberté (Sawas Pacha : Théorie du droit musulman, vol. II, p. 481 et 483).

Ces deux théories, préconisées par les partisans du rite hanéfite ne sont pas les seules, et chacun des autres rites de la Secte sunnite en a émis d'autres au sujet de ce problème de l'âge de raison. On n'a pas réussi jusqu'ici à se mettre d'accord à leur sujet, mais l'opinion prépondérante dans cette Secte est la suivante :

La preuve de la capacité du mineur doit être faite dans les cas prévus par la loi : mais, en aucun cas, l'enfant ne pourra être soumis à une épreuve concernant son discernement, s'il n'est arrivé à l'âge de la puberté. Avant cette époque, même s'il avait le discernement, il ne pourrait pas être émancipé.

Lorsqu'un mineur est soumis à la tutelle dative, son tuteur doit prouver qu'il est capable avant de lui conférer la majorité. Si le mineur est soumis à la tutelle testamentaire, le tuteur n'a pas besoin de prouver sa sagacité, mais il a la faculté de faire cette preuve. Il suffit dans la règle qu'il déclare devant témoins qu'il estime son pupille capable.

Enfin si le mineur est soumis à la tutelle naturelle de son père, 3 cas peuvent se présenter en ce qui concerne la capacité de l'enfant pubère :

a) L'incapacité n'est pas douteuse. Dans ce cas, l'enfant reste soumis à la puissance paternelle, quoique pubère.

b) La capacité est notoire. Les actes de l'enfant sont alors valables, qu'ils soient faits à titre gratuit, ou à titre onéreux. Le père est obligé d'en reconnaître la validité.

c) La capacité est douteuse. Dans ce cas, certains auteurs veulent que l'enfant soit présumé incapable, d'autres déclarent qu'il doit y avoir présomption de capacité. (Tohfat d'Ebn Acem, op. cit. p. 712 à 714).

manière incomplète. Ils peuvent exercer seuls les droits strictement personnalissimes comme le droit de divorcer ou de reconnaître un enfant, mais ils ne peuvent accomplir seuls tous les actes qui touchent à leur situation pécuniaire par exemple.

Tout homme qui veut conclure un contrat, comme c'est le cas du testateur, doit donc réunir ces deux conditions essentielles, la puberté et le discernement parfait. Nous avons vu déjà quand on devient pubère dans l'un et l'autre sexe. Voyons maintenant à quel moment on peut envisager qu'un jeune homme possède le discernement parfait.

Actuellement, la preuve du discernement se fait au moyen d'un examen pratique qu'on fait subir à l'adolescent pour examiner la manière dont il use de ses biens et dont il se comporte, dans l'exercice de sa profession. Ainsi, si un jeune homme se destine au commerce, on observera la sagacité dont il use dans les transactions commerciales, et on s'assurera qu'il est capable d'échapper à la fraude et à la mauvaise foi. Pour les jeunes filles, on se borne à examiner si elles ne sont pas prodigues et si elles s'occupent des travaux assignés à une femme de leur condition. La preuve qu'une personne quelconque a subi un examen portant sur son discernement, se fait au moyen de témoins du sexe masculin, s'il s'agit d'un jeune homme, et au moyen de témoins de l'un ou l'autre sexe, s'il s'agit d'une jeune fille.

Ce système de l'examen, en usage jusqu'ici pour cons-

tater le discernement chez les jeunes gens, nous paraît des plus critiquables. Tout d'abord remarquons que cet examen peut avoir lieu dès l'époque de la puberté ; or, il est évident, à notre avis, qu'il est inutile d'examiner si une jeune fille a le discernement à l'âge de 9 ans, que les jurisconsultes ont fixé comme correspondant avec l'apparition de la puberté. Il est certain en effet qu'à ce moment-là une jeune fille n'a pas encore le discernement.

Et puis le critère choisi de l'aptitude plus ou moins grande à faire certains actes de la vie pratique n'est pas déterminant. Car, à tout âge de la vie, un homme reste sujet à l'erreur dans son activité professionnelle, et il n'en possède pas moins le discernement. Inversement, il se peut fort bien qu'un homme exerce parfaitement bien sa profession, déjà au moment de sa puberté, tout en ne possédant pas encore le discernement parfait.

En ce qui concerne la question de savoir à quel moment un jeune homme a le discernement, il faut opérer une distinction entre les mineurs qui se trouvent sous tutelle naturelle, c'est-à-dire sous la puissance paternelle, et ceux qui ont un tuteur testamentaire ou nommé par le magistrat. Les premiers n'acquerront la majorité que lorsque le père les jugera capables ; on ne leur fera subir aucun examen ; le père sera libre de les déclarer majeurs quand il voudra.

Au contraire, les mineurs soumis à un tuteur désigné par testament ou par le juge, ne deviennent majeurs qu'au moment où le juge, à la suite de l'examen dont

nous avons parlé, les aura déclarés raisonnables et capables de diriger leurs actes ; ceci a du moins l'avantage de faire connaître à tous que tel ou tel mineur est désormais capable de discernement. Dès cet examen, les tiers sauront donc que celui qui était jusque-là mineur, contracte dès lors valablement à l'égard de tous. Au contraire, lorsqu'il s'agit d'actes conclus par des jeunes gens sous puissance paternelle, les tiers sont exposés à subir un véritable préjudice, car ils ne pourront pas savoir si la contre-partie est capable ou non, puisque cette capacité dépend de la seule volonté du père. Lorsque l'acte conclu par le mineur lèse ses intérêts, le père pourra impunément prétendre que son fils n'est pas encore majeur, alors même que l'enfant a atteint un âge tel que son discernement ne fait l'objet d'aucun doute.

Nous estimons d'ailleurs que le système qui consiste à examiner le mineur, pour juger de son discernement ne vaut pas mieux que celui qui confie au père le soin de décider quand son fils est capable. Dans un cas, ce sont les intérêts des mineurs qui sont lésés, dans l'autre ceux des tiers. A notre avis, le seul moyen équitable de fixer la majorité est le suivant : à un âge déterminé par la loi, tous les hommes devraient être présumés capables de discernement, et par conséquent majeurs. Toutefois, dans des cas spéciaux, lorsque la capacité paraît d'emblée douteuse, on pourra procéder à un examen portant sur la question du discernement, mais ces cas resteront

assez rares, au lieu qu'actuellement, on doit examiner toujours si le mineur a le discernement. C'est du reste à cause des inconvénients de cet examen, prescrit par le droit musulman, que le droit coutumier a fixé à 15 ans l'âge auquel le discernement peut être présumé. Cet âge, à la vérité, ne paraît pas correspondre à la réalité, car à 15 ans, il est certain qu'un jeune homme ne possède pas encore le discernement parfait. Il y aurait donc lieu de modifier le droit coutumier sur ce point, et de reporter à plus tard le moment où le discernement peut être présumé.

Quand l'homme atteint-il l'âge de raison, en d'autres ermes à quel moment convient-il de fixer la majorité ? En théorie, il est impossible de déterminer un âge qu'on puisse considérer comme correspondant chez tous les hommes, avec l'apparition de l'entière raison, c'est-à-dire du complet développement intellectuel. Nous constatons que même les Etats européens n'ont pas réussi à se mettre d'accord sur ce point : le moment où commence la majorité varie beaucoup selon les Etats. Dans aucun pays européen, on n'a fixé l'âge de raison avant 20 ans. La plupart des législations ont adopté 21 ans, comme étant l'âge où l'homme est complètement développé, où il devient majeur. La Suisse seule a fixé la majorité à 20 ans. Quelques Etats ont adopté 22, 23, 24 et même 25 ans.

Naturellement il s'agit ici de la majorité politique (1) et

(1) La loi électorale en Perse a fixé à 20 ans, l'âge où l'on devient électeur.

civile en général, et nous verrons que des majorités spéciales ont été fixées pour certaines activités particulières. Nous admettons que l'âge de 21 ans conviendrait le mieux pour la Perse, comme pour la plupart des Etats européens. Il serait en effet, nous semble-t-il, dans notre intérêt de fixer le même âge de majorité que les autres pays et voici pour quelles raisons :

Pour les relations entre indigènes, il est désirable qu'une majorité contractuelle uniforme soit fixée, car une telle mesure donnera plus de sécurité dans les transactions. Mais c'est surtout dans les relations entre indigènes et étrangers, que la fixation de la majorité à 21 ans aura d'heureux résultats. Dans l'état actuel des choses, si un étranger, qui n'est pas majeur d'après sa loi nationale, a passé un contrat avec un Persan, il est libre de considérer, à son gré, ce contrat boiteux comme valable ou non. Si le contrat en question est dans son intérêt, l'étranger le déclarera valable en fait, alors même qu'il ne le serait pas, selon la loi de son pays d'origine. L'indigène, au détriment de qui le contrat a été passé, ne pourra invoquer, lui, la minorité de l'étranger. Mais si au contraire, le contrat n'est pas dans l'intérêt de l'étranger, celui-ci réclamera l'application de sa loi nationale ; il déclarera que le contrat ne saurait le lier, puisqu'il n'avait pas 21 ans, et s'en départira.

Il faut ajouter à ce que nous venons de dire qu'en Suisse par exemple, on se place au point de vue de la loi

suisse pour apprécier la validité d'un contrat. Si un Espagnol, qui ne devient majeur qu'à 23 ans dans son pays, a contracté à 22 ans en Suisse avec un Suisse, il ne pourra invoquer sa loi nationale pour se départir du contrat. Les tribunaux suisses déclareront le contrat valable, puisque les deux parties étaient capables selon la loi suisse (1). Les tribunaux persans ne pourront pas agir de même dans le cas que nous citions plus haut et déclarer que tous les contrats passés par des étrangers de plus de 15 ans avec des indigènes seront valables, bien que les étrangers ne soient pas majeurs selon la loi de leur pays. Il serait impossible à nos tribunaux de faire respecter une telle règle par les étrangers.

Il serait donc dans notre intérêt de nous mettre sur le même pied que les législations européennes et de fixer la majorité à 21 ans. En nous rapprochant par là des Etats de l'Europe, nous servirions l'intérêt de nos nationaux. Nos tribunaux pourraient aussi alors appliquer nos lois avec efficacité à tous, étrangers et indigènes ; d'ailleurs il faut aussi tenir compte du fait que, si presque tous les Etats européens ont fixé la majorité à 21 ans, ils l'ont fait en connaissance de cause et en se basant sur une longue expérience. Or, il n'y a pas, selon nous, de raisons

(1) Article 59, (7 b) du titre final du code civil suisse : Les étrangers qui ne possèdent pas l'exercice des droits civils et qui font des actes juridiques en Suisse ne peuvent y exciper de leur incapacité, si au terme de la loi suisse, ils étaient capables à l'époque où ils se sont obligés (inapplicable aux droits de famille, de successions, ni aux actes des dispositions sur des immeubles situés à l'étranger).

péremptoires pour croire qu'un Persan atteint l'âge de raison, nécessaire pour contracter, à 15 ans, soit 6 ans avant un Russe, un Français ou un Anglais !

Tout ce que nous venons de dire s'applique uniquement à la majorité contractuelle, mais les législations européennes prévoient, en général, des majorités spéciales pour d'autres objets de l'activité humaine.

Ainsi, on peut adopter une majorité spéciale en matière religieuse ; c'est ce qu'ont fait la plupart des Etats européens. En Suisse, cette majorité est fixée à 16 ans. Les jurisconsultes musulmans ont fait de même et ils ont fixé la majorité religieuse à l'âge de la puberté.

Pour la capacité de contracter mariage également, on peut fixer un âge spécial, une majorité matrimoniale, précédant celle qui est requise pour contracter en général. En Suisse par exemple, on peut contracter mariage à 17, 18 ou 20 ans, suivant les sexes et les circonstances (1). Pour régler cette question, chaque pays s'inspirera des mœurs de ses habitants. Dans les pays orientaux, on admet généralement les mariages précoces. Les jurisconsultes prétendent qu'il faut suivre la nature sur ce point ; du moment qu'elle rend quelqu'un apte à engendrer, il faut selon eux s'y conformer. C'est là une question d'appréciation que chaque état doit pouvoir régler

(1) L'art. 96 du C. C. S. qui règle cette question est en ces termes : « L'homme avant 20 ans révolus, la femme avant 18 ans, ne peuvent contracter mariage. A titre exceptionnel et pour des raisons majeures, le gouvernement cantonal du domicile peut néanmoins déclarer une femme de 17 ans ou un homme de 18 ans révolus capables de contracter mariage si les parents ou le tuteur y consentent ».

à sa guise. On pourrait toutefois remarquer qu'un jeune homme ou une jeune fille ne sont pas encore développés complètement en ce qui concerne les organes de la génération, au moment de la puberté. On a vu bien souvent des jeunes filles mariées trop vite mourir en couches parce qu'elles n'étaient pas aptes à supporter leur grossesse. Il semble donc que la nature aussi eût voulu qu'on retardât l'époque de la majorité matrimoniale et qu'on ne la fît pas coïncider avec l'apparition des signes de la puberté.

Enfin, pour la question qui nous occupe spécialement, c'est-à-dire pour le testament, on peut aussi fixer une majorité spéciale, dès laquelle chacun peut disposer de ses biens. Ceci se justifie par la considération qu'un jeune homme doit être maître de ses biens dès qu'il a un peu de raison, et même s'il n'a pas atteint son complet développement. On peut admettre, en thèse générale, qu'un jeune homme ou une jeune fille sont en état de disposer de leurs biens en connaissance de cause, alors même qu'au point de vue contractuel ils ne sont pas encore capables d'apprécier la portée de leurs actes. C'est ainsi qu'en Suisse, la loi autorise à faire des dispositions pour cause de mort dès l'âge de 18 ans (C. C. S. art. 467), en France dès 16 ans (C. C. F. art. 904).

Nous dirons donc pour résumer, qu'en Perse comme dans les autres Etats, il est nécessaire de fixer la majorité contractuelle à un âge déterminé qui corresponde à l'âge de raison et que nous fixerions à 21 ans. Mais quant

à la majorité, envisagée comme condition de la capacité testamentaire, il faudrait selon nous, fixer pour tous un âge correspondant à la puberté ou un peu postérieur à celui de la puberté, à partir duquel chacun soit autorisé à disposer de ses biens pour cause de mort.

II. *La détermination.* Nous avons vu que la présence de deux éléments est nécessaire pour qu'une personne puisse faire un testament : la capacité et la détermination. Nous nous sommes occupés jusqu'ici de la capacité : voyons maintenant ce qu'il faut entendre par détermination. Le testateur doit tester avec la volonté consciente de disposer de ses biens pour après la mort ; c'est là ce qui constitue la détermination (*ghasd* et *nyet*). La détermination est donc l'état d'esprit dans lequel l'homme détermine volontairement ses actes et la portée qu'il entend leur conférer. Ainsi un homme qui dort et qui, tout en dormant, dicte son testament inconsciemment, agit sans la détermination de tester. Il ne réalise pas les deux conditions exigées d'un testateur, puisqu'il n'a pas l'intention de tester. De même, celui qui teste en état d'ivresse n'a pas la détermination, puisqu'il ne jouit pas de sa volonté libre.

Le D. M. S. C. admet d'une manière générale que les actes et les paroles d'un homme ivre n'acquièrent une valeur juridique que si leur auteur, une fois l'ivresse passée, les a ratifiés. Ainsi, des dispositions pour cause de mort faites par un homme en état d'ivresse ne sont pas librement déterminées ; elles seront donc nulles, mais leur

auteur pourra les rendre valables, s'il les confirme après être redevenu sain d'esprit.

La détermination, condition de la capacité testamentaire, peut être assimilée en une certaine mesure à l'intention. Elle joue un grand rôle dans le droit musulman.

Les deux qualités que nous venons d'examiner (capacité et détermination) doivent se trouver réunies chez un testateur au moment où il fait son testament, mais pas nécessairement au moment de sa mort. Remarquons encore que les mêmes qualités sont exigées de celui qui veut annuler son testament, l'annulation faite par celui qui ne les posséderait pas, serait nulle de plein droit.

§ 2. Légitimation du légataire

Le légataire n'est pas tenu de posséder comme le testateur certaines qualités bien déterminées ; il suffit qu'il satisfasse à une seule condition pour être apte à hériter : il doit avoir l'existence au moment de la confection du testament. Mais c'est là une condition essentielle en dehors de laquelle personne ne saurait se mettre au bénéfice de dispositions testamentaires.

Il en résulte qu'un fœtus ne peut être institué valablement par testament que si, au moment de la naissance, on a la certitude que l'enfant qui vient au monde est bien le même que celui en faveur de qui on a testé (1).

(1) Dans la Secte sunnite, contrairement à la doctrine chyite, qui exige l'existence du légataire à l'état de fœtus ou d'être vivant, au moment de la confection du testament, on peut tester en faveur d'un enfant à naître qui n'est pas encore conçu. Tohfat d'Ebn Acem, op., cit. p. 739.

Mais comment cette preuve pourra-t-elle être faite ? On peut y arriver de diverses manières ; certains jurisconsultes sont d'avis que, si plus de 10 mois se sont écoulés depuis la confection du testament jusqu'à la naissance, c'est une présomption que le fœtus n'existait pas au moment où il a été institué légataire. En conséquence, il ne pourra succéder que si la preuve complète et évidente de son existence à ce moment-là peut être faite. Il est évident que la légitimation du légataire ne saurait être complète, tant que lui-même ou son représentant légal, si c'est un mineur, n'a pas accepté le legs. L'acceptation est en effet toujours une condition indispensable pour que le testament puisse déployer ses effets.

Nous venons de voir qu'un testament en faveur d'un fœtus est valable ; il faut ajouter pourtant que le fœtus doit ensuite venir au monde sous forme d'être vivant, et *non pas viable, sinon la disposition tombe (1).*

Un autre cas peut se présenter qui soulève quelques difficultés ; il s'agit de savoir si un legs est nul lorsqu'il institue une personne décédée, mais dont le testateur ignorait le décès. La question a été tranchée dans le sens de la nullité, de sorte que les héritiers de la personne instituée, déjà morte au moment de l'institution, ne prennent pas sa place. Il est indifférent que le légataire soit parent du testataire ou au contraire étranger à sa famille (2).

---

(1) Dans le Secte sunnite, il ne suffit pas que l'enfant naisse vivant ; il faut encore qu'il soit viable. Tohfat d'Ebn Acem, op. cit., p. 739.

(2) Dans la Secte sunnite, un héritier ab intestat ne peut pas être insti-

Mais si le testateur a testé en faveur d'une personne, vivante au moment de la confection du testament, mais qui est morte ensuite avant le testateur, saos avoir accepté le legs, les jurisconsultes ont émis deux doctrines opposées. Selon les uns, le testament est nul dans tous les cas; selon les autres, le testament est nul seulement si le testateur a annulé lui-même la dispostion en question, après la mort du bénéficiaire ; s'il ne l'a pas annulée, le testament reste valable et les héritiers de la personne instituée défunte, lui succèdent dans sa qualité de légataire. Mais, dans le cas où le légataire a accepté le legs avant de mourir, aucun doute n'est plus possible, et ses héritiers lui succèdent dans ses droits de légataire ; car son acceptation l'avait rendu virtuellement propriétaire et les biens légués lui étaient déjà acquis.

Si un légataire, mort avant le testateur, mais après avoir accepté le legs, n'a pas d'héritiers légaux particuliers (1), c'est-à-dire pas de parents qui puissent lui suc-

---

tué légataire à moins que tous ses co-héritiers n'y consentent. Tohfat d'Ebn Acem, page 741.

(1) Le droit musulman connait deux espèces d'héritiers légaux, les héritiers particuliers et les héritiers généraux.

I. Héritiers particuliers : il en existe 3 classes : *a*) les descendants, le père, la mère et le conjoint survivant qui succèdent conjointement. *b*) à défaut d'un représentant de la première classe, on appelle les frères et sœurs et les descendants qui les représentent, ainsi que les ascendants autres que le père et la mère à l'infini. *c*) puis vient le tour de l'oncle paternel et de l'oncle maternel, puis de la tante paternelle et maternelle, qui succèdent conjointement et sont représentés par leurs descendants. Dans toutes ces classes, le plus proche en degré exclut le plus éloigné.

(II) Héritiers généraux, ce sont les pauvres ; et comme il est impossible de déterminer la quote part qui reviendrait à chacun, c'est la caisse publique (*beitol mal*) qui recueille les successions qui leur sont destinées.

céder légalement, c'est la caisse publique (*beitol mal*) qui recueillera le legs. Mais si le légataire meurt avant d'avoir accepté, et sans avoir d'héritiers légaux particuliers, les héritiers légaux généraux, c'est-à-dire la caisse publique, ne peuvent pas hériter. Ce sont les héritiers ab intestat particuliers du testateur, et non pas ceux du légataire, qui ont droit au legs.

Qu'en est-il si le légataire n'est pas Musulman, mais adepte d'une religion qui possède un livre saint, reconnu, ou d'une religion assimilée (1) à celles qui possèdent un de ces livres, ainsi s'il est Juif ou Zoroastrien ? La doctrine est partagée entre 3 opinions à ce sujet : pour les uns, un testament qui institue un adepte de ces religions est valable, pour d'autres, il ne l'est pas ; pour les troisièmes enfin, le testament sera valable à condition que le légataire soit parent du testateur qui l'institue ; à défaut de parenté, le testament sera nul.

C'est la première opinion, celle qui admet toujours la validité du testament qui l'emporte. On invoque en faveur de cette solution un verset du Coran (chap. 60, verset 8), qui dit : « Dieu ne vous défend pas d'être bons, équitables envers ceux qui n'ont point combattu contre vous à cause de votre religion et qui ne vous ont point bannis de vos foyers. Il aime ceux qui agissent avec équité ».

Enfin, si le légataire n'est pas adepte d'une religion à livre saint, reconnue ou assimilée à celle-là, certains

(1) Voir page 110.

jurisconsultes déclarent que son institution sera néanmoins valable, mais à condition que ce légataire soit parent du testateur.

Il arrive parfois que le testateur désigne les personnes qu'il institue comme légataires d'une manière très vague, de sorte qu'on peut se demander à qui ces legs doivent être attribués. Les jurisconsultes ont examiné ces différents cas et ont fourni pour chacun une solution déterminée. Nous allons passer en revue quelques-uns de ces cas.

Le testateur a pu employer dans son testament une formule tout à fait générale ; il a dit par exemple : « Je lègue mes biens à mes compatriotes (*ghovem*) ». Quels devront être ses légataires ? Les auteurs ne sont pas d'accord sur ce point Un jurisconsulte, Mohaghegh, déclare que les légataires seront tous ceux des compatriotes du testateur qui parlent la même langue que lui. Chahid, un autre jurisconsulte, estime que c'est l'usage (*orf*) qui indiquera, dans chaque cas particulier, quelles personnes doivent être considérées comme les compatriotes du testateur, et par conséquent comme ses légataires. Cet usage variera d'un pays à l'autre ; dans tel pays, les compatriotes seront tous ceux qui parlent la même langue, dans un autre, ce seront ceux qui habitent la même région, etc. En Suisse, par exemple, où l'on ne parle pas moins de 4 langues, français, allemand, italien et romanche, l'usage de chaque canton devrait indiquer dans un cas pareil, et selon l'opinion

de Chahid, si les compatriotes d'un Suisse romand sont tous ceux qui parlent français, ou seulement ceux de son canton, ou encore tous les Suisses en général.

Si le testateur a dit : « Je lègue à ma famille tel ou tel bien », la même difficulté se présente pour déterminer qui a qualité de légataire, et nous trouvons encore ici deux doctrines différentes. D'après la première, ce seront à la fois les ascendants et les descendants qui seront bénéficiaires des dispositions testamentaires du défunt, mais à l'exclusion des collatéraux ; d'après la deuxième doctrine, l'usage du lieu doit seul déterminer ce qu'il faut entendre par famille, de sorte qu'on y fera rentrer, ici, la parenté tout entière, y compris les collatéraux, là, tous les ascendants et les descendants, ailleurs encore, les parents les plus rapprochés seulement. C'est l'opinion laissant à l'usage le soin de déterminer ce qu'il faut entendre par famille, qui prévaut d'une manière générale.

Si le testateur a dit : « Je lègue mes biens à ma tribu (*achiré*) », qu'en est-il ? Ici encore l'usage fait loi. S'il distingue entre la tribu tout entière et la tribu au sens restreint, la « gens » c'est cette dernière qui héritera ; si, au contraire, l'usage ne veut pas qu'on distingue entre ces deux notions, la succession reviendra à la tribu tout entière, au sens général.

Le testateur peut encore avoir dit : « Je lègue mes biens à mes voisins ». En pareil cas, on mettra au bénéfice de la disposition, tous ceux que l'usage du pays fait

rentrer dans la notion de voisins. Si ce terme comprend les habitants de plusieurs maisons voisines, la doctrine veut qu'on divise le legs non pas par maison, mais au prorata du nombre total des voisins.

Si le testateur a légué ses biens aux pauvres, les jurisconsultes enseignent qu'il a compris sous ce terme seulement les pauvres qui sont ses coreligionnaires.

Si un testateur a disposé de ses biens en faveur d'un but d'utilité publique, seules les institutions publiques qui ne sont pas contraires à la religion et aux mœurs pourront se prévaloir de cette disposition.

Si le testateur a dit : « Je lègue mes biens à mon plus proche parent », on recherche le parent le plus proche d'après la dévolution ab intestat, et celui-là élimine tous les autres. S'ils sont plusieurs du même degré, on répartit les biens par parts égales. Un testament de ce genre semble à première vue inutile, puisque la dévolution est réglée selon l'ordre successoral légal, comme s'il n'y avait pas de testament. Il a néanmoins sa raison d'être, car dans la succession ab intestat, les hommes touchent toujours deux parts, pour une part que reçoivent les femmes. Au contraire, avec ce testament, s'ils sont plusieurs, la répartition se fait par tête, proportionnellement, sans tenir compte des sexes.

§ 3. Légitimation du titulaire d'un pouvoir

Tout homme exerce un certain nombre de pouvoirs divers, dont il dispose à son gré et qu'il peut conférer

pour après sa mort à telle ou telle personne. Le titulaire d'un pouvoir, selon l'expression que nous avons adoptée, c'est la personne, homme ou femme, à laquelle un testateur a conféré un ou plusieurs pouvoirs dont il avait la libre disposition; par exemple, il a délégué son pouvoir sur ses enfants à un tuteur, ou bien son pouvoir sur son corps pour après sa mort, etc. Par tutelle des enfants mineurs, il faut entendre l'administration de leurs biens, la surveillance de leurs actes, de leur conduite et de leur instruction. Quant au pouvoir sur le corps du testateur, il s'agit d'assurer par là l'accomplissement des ablutions rituelles après la mort, et l'enterrement du testateur. Quant aux autres pouvoirs concédés par le testateur, on peut en une certaine mesure assimiler ceux qui sont chargés de les exercer à des exécuteurs testamentaires, dont la tâche est d'agir conformément aux volontés du testateur. Ainsi ce dernier peut conférer à quelqu'un les pouvoirs nécessaires pour faire rentrer des créances ou pour payer ses dettes et faire parvenir le solde à ses héritiers.

Dans les deux cas de pouvoirs sur des mineurs (tutelle) et de pouvoirs sur le propre corps du testateur, le titulaire doit satisfaire à certaines conditions pour être apte à exercer sa fonction:

1. Il doit être Musulman. Toutefois, s'il ne l'est pas et qu'il soit parent du testateur, il pourra néanmoins devenir titulaire du pouvoir.

Quant à la question de savoir s'il doit être Musulman au moment de la confection du testament, ou seulement au moment de la mort, elle a soulevé une controverse et provoqué deux doctrines : certains juriconsultes prétendent qu'on doit être Musulman et le rester dès l'instant où le testateur a fait son testament jusqu'à la mort. Certains autres sont d'avis qu'il suffit d'être Musulman au moment où on devient véritablement titulaire du pouvoir, c'est-à-dire au moment de la mort. Il est impossible, à notre avis, de donner raison à l'une plutôt qu'à l'autre de ces théories.

2. Le titulaire désigné doit être capable. Celui qui n'est pas capable ne pourrait en effet exercer un tel pouvoir, puisque lui-même a besoin de quelqu'un pour sauvegarder ses intérêts. Le testateur peut toutefois désigner comme tuteur un mineur, mais conjointement à un majeur. Ce dernier exercera alors seul la tutelle pendant la minorité de l'autre, puis, une fois celui-là majeur, ils exerceront la tutelle conjointement. Dans ce cas de tutelle conférée à un mineur, si celui-ci meurt pendant sa minorité, ou s'il perd la raison après être devenu capable, le titulaire du pouvoir déjà majeur continue à agir isolément ; le juge ne peut pas lui adjoindre quelqu'un en remplacement de celui qui est mort ou malade d'esprit, car l'intervention du juge n'est admissible que dans les cas où le testateur n'a désigné personne pour ces fonctions. Les actes que le tuteur majeur a faits pendant la minorité du tuteur mineur

sont entièrement valables. Le tuteur mineur qui devient majeur peut toutefois les révoquer, s'il ont été faits contrairement à la volonté du testateur ou à l'intérêt des mineurs sous tutelle.

3. Le titulaire désigné doit être honnête, c'est-à-dire de bonne réputation. Certains jurisconsultes ne sont pas d'avis d'exiger cette troisième condition. Ils déclarent que le pouvoir appartient au testateur et qu'il doit pouvoir le conférer à qui il veut, et cela surtout lorsqu'il s'agit de confier à quelqu'un les fonctions d'exécuteur testamentaire.

Le titulaire d'un pouvoir qui était honnête au moment de la confection du testament ou de la mort du testateur, et qui est devenu malhonnête dans la suite, peut être destitué. Ainsi supposons qu'un malhonnête homme arrive, grâce à son hypocrisie et à des manœuvres louches, à se faire nommer, par testament, tuteur d'un enfant dont il convoite les biens ; une fois en charge, il dépose son masque d'honnêteté et profite de sa situation, de sorte qu'on peut craindre pour les biens de son pupille. Le juge sera en droit de présumer, en pareil cas, que le testateur a voulu conférer cette tutelle à un honnête homme, et pourra donc destituer le tuteur désigné et en nommer un autre.

Enfin, si le testateur a conféré un de ces pouvoirs à deux personnes à la fois, elles ne pourront pas agir isolément, et devront se concerter pour agir en commun.

Si elles ne veulent pas le faire, le juge est en droit de les y obliger. Si elles ne se soumettent pas, il les révoquera et désignera deux autres personnes. Si des deux personnes désignées par le testateur, l'une tombe malade, ou si elle est empêchée, ou encore si elle meurt, deux opinions différentes prétendent régler la situation ; l'une affirmant que le juge doit adjoindre quelqu'un à celui qui n'est pas empêché, l'autre que le juge n'a pas à interveuir et qu'il laissera celui qui n'est pas empêché continuer seul à exercer le pouvoir en question.

Si le testateur, par contre, a dit expressément dans son testament que les deux personnes désignées peuvent agir isolément ou conjointement à leur gré, chacune d'elles aura la faculté d'agir seule ; elles pourront aussi se partager les affaires.

CHAPITRE III

CONTENU DU TESTAMENT

SECTION I

Objet des dispositions testamentaires

§ 1. Quotité disponible

Le D. M. S. C. n'a limité en aucune façon le pouvoir que tout homme exerce sur ses biens de son vivant ; il en résulte qu'un propriétaire peut valablement disposer de tout son patrimoine de son vivant, même dans le cas où il aurait des descendants (1). Mais il n'en est pas de même lorsqu'il entend disposer de ce même patrimoine pour après sa mort. Le législateur musulman a limité le pouvoir du testateur de telle sorte que s'il a des héri-

---

(1) Toutefois nous verrons plus loin dans un paragraphe spécial que certains jurisconsultes prétendent qu'un homme en état de maladie mortelle ne peut plus disposer de ses biens par acte entre vifs, si ce n'est du tiers disponible.

tiers légaux, il ne peut disposer par testament que du tiers de ses biens (1). Cette règle est applicable, de l'avis unanime des jurisconsultes, toutes les fois qu'un testateur laisse des héritiers légaux particuliers (2) (*varesse khas*) ; mais s'il n'a que des héritiers légaux généraux, c'est-à-dire si ses biens doivent revenir à la collectivité ou à la caisse publique (*beitol mal*), on peut se demander s'il recouvre son droit de libre disposition. Les jurisconsultes ne se sont pas occupés de cette question dans leurs ouvrages. Nous nous sommes adressés à plusieurs jurisconsultes pour avoir leur avis à ce sujet et nous avons rencontré deux opinions différentes.

La première déclare que la volonté d'un propriétaire disposant de ses biens n'est prise en considération que pendant sa vie. Dès l'instant de sa mort, sa volonté ne peut plus avoir d'influence, puisqu'il n'est plus propriétaire ; il n'a donc pas le droit de disposer de ses biens pour après sa mort. La condition *sine qua non* pour qu'un propriétaire puisse disposer de son patrimoine, c'est la vie ; dès que la vie a cessé, tout droit de disposition de quelque manière qu'il s'exerce, prend fin.

---

(1) Dans la Secte sunnite, il en est de même, on ne peut tester que pour le tiers de ses biens. Tohfat d'Ebn Acem. op. cit. p. 737 cit.

(2) Dans le droit moderne européen, la quotité disponible varie suivant que le testateur laisse des parents plus ou moins rapprochés ; elle comprend même la fortune tout entière lorsque il n'a pas de proches parents. En droit musulman au contraire, dès que le testateur laisse un héritier légal particulier, quelque éloigné que soit le degré de parenté qui les unit, il ne pourra disposer que du tiers de ses biens par testament, les deux autres tiers iront nécessairement à l'héritier légal.

Selon les partisans de cette théorie, si le législateur a autorisé le maître d'un patrimoine à disposer du tiers de ses biens par testament (Coran, chap. IV, verset 4) il a fait là une exceptiou au principe général ci-dessus. Par conséquent, même en l'absence d'héritiers légaux particnliers, on ne peut étendre la portée de cette exception, car le principe général subsiste ; c'est pourquoi le testateur ne pourra disposer que du tiers de ses biens même lorsqu'il n'a pas d'héritier particulier. Les deux autres tiers vont nécessairement à la caisse publique, d'après cette théorie. On constate alors, chose curieuse, que dans ce dernier cas, c'est-à-dire lorsqu'il n'a pas d'héritiers légaux particuliers, le testateur a moins de liberté que s'il en avait. Car s'il a des héritiers légaux particuliers et qu'il ait disposé de plus du tiers de ses biens, ses héritiers auront toujours la faculté de ratifier les dispositions testamentaires et de les rendre ainsi valables, en ce qui concerne l'excédent du disponible. Au contraire, en l'absence d'héritiers, jamais le testateur ne pourra disposer de plus du tiers de ses biens, puisque la caisse publique a toujours droit à deux tiers et qu'elle ne pourrait pas ratifier des dispositions portant sur la part qui doit lui revenir.

Telle est la première doctrine émise en cette matière. Les partisans de la seconde théorie déclarent que ce n'est pas la vie qui est la condition essentielle pour qu'un homme puisse disposer de ses biens, mais que la volonté de l'homme continue à s'exercer sur son patri-

moine, même après la mort. Ces jurisconsultes donnent divers exemples pour étayer leur doctrine.

1er Exemple. — Un testateur a institué un légataire pour une quote part, dépassant le tiers de ses biens. Le légataire ne deviendra propriétaire de ce qui dépasse le tiers disponible que si les héritiers légaux ratifient le testament, et dès cette ratification. Mais encore ne sera ce pas cette ratification qui les rendra propriétaires, mais bien la volonté du testateur lui-même qui a entendu donner à son légataire plus du tiers de ses biens.

Car si c'était la ratification qui conférait au légataire la propriété de ce qui dépasse le tiers, on devrait admettre que les héritiers ont fait une donation pour cet excédent. Mais cette solution n'est pas admissible, car, en droit musulman, lorsqu'on fait une donation en faveur d'un étranger à la famille, le donataire ne devient propriétaire qu'après la tradition ; avant la tradition, le contrat est facultatif. Or, dès que les héritiers ont ratifié, ils sont obligés quand bien même la tradition n'a pas eu lieu. Ce n'est pas en vertu d'une donation des héritiers que le légataire devient propriétaire de ce qui excède le tiers disponible, mais en vertu de la volonté du testateur lui-même, ratifiée par ses héritiers.

La seconde opinion que nous avons rencontrée dit qu'en l'absence d'héritiers légaux particuliers, un propriétaire peut disposer de tous ses biens par testament.

Nous croyons cette seconde doctrine plus juste que la première.

La ratification des héritiers peut être plus ou moins assimilée à celle d'un créancier gagiste, ratifiant la vente de son gage.

En effet, en D. M. S. C., si un débiteur donne un meuble en nantissement à son créancier, il demeure propriétaire de ce meuble, d'après l'opinion unanime des jurisconsultes. Il pourra donc vendre ce meuble à un tiers et l'en rendre propriétaire ; toutefois ce tiers ne peut acquérir la propriété qu'avec le consentement du créancier gagiste. On ne peut admettre cependant que c'est le gagiste qui rend le tiers propriétaire ; car comment aurait-il pu, n'étant pas lui-même propriétaire, conférer un droit plus étendu que celui dont il disposait ? Bien que son consentement soit nécessaire, c'est l'acte de vente du débiteur qui rend le tiers propriétaire et pas autre chose.

Il en est de même pour le testament : c'est la volonté du testateur qui rend le légataire propriétaire de son legs. Ce n'est jamais la ratification des héritiers qui confère à elle seule cette propriété, sinon on devrait considérer comme une donation de la part des héritiers et non du testateur, tout ce qui revient au légataire en plus du tiers disponible par suite de leur ratification. Or, on ne peut pas considérer cela comme une donation ainsi que nous l'avons vu.

2e *exemple*. — Un testateur affranchit son esclave par testament (*tadbir*). Cet esclave ne deviendra libre qu'après la mort du testateur. Tant que le testateur vit, l'esclave reste sa propriété. Si, à sa mort, sa volonté ne pouvait plus s'exercer, comme le prétendent les partisans de la première théorie, ou bien l'esclave deviendrait la propriété des héritiers, ou bien il devrait être affranchi par ceux-ci. Or nous voyons qu'il n'en est pas ainsi. A la mort du testateur, l'esclave devient libre sans aucune intervention de la part des héritiers. On voit donc bien que c'est la volonté du testateur qui s'exerce comme telle, après sa mort.

Telle est la seconde doctrine et les conséquences importantes qu'on en a tirées concernant la nature des dispositions testamentaires. Il en résulte qu'en permettant à chacun de disposer du tiers de sa fortune par testament, le législateur n'a pas institué une exception à un principe général interdisant de disposer de ses biens pour après sa mort.

Il n'a fait au contraire que fixer des limites à un droit qui, en principe, devrait s'étendre à toute la fortune, et cela dans l'intérêt des héritiers particuliers. Lorsqu'il n'existe pas d'héritiers particuliers, cette restriction du droit de disposer de ses biens tombe. Un homme qui n'a pas d'héritiers légaux particuliers peut disposer de la totalité de ses biens par testament.

Nous avons vu plus haut que le légataire doit exister au moment de la confection du testament qui l'institue ;

il n'en est pas de même de la chose léguée, qui peut fort bien ne pas encore exister à ce moment-là. De même, un testateur peut très bien disposer de choses dont il ne deviendra propriétaire que prochainement. On peut donc dire, en règle générale, que le testateur doit être propriétaire de la chose léguée au moment de la confection du testament ou qu'il doit avoir la faculté et la certitude d'en devenir propriétaire dans un avenir prochain.

Ainsi un testateur peut léguer les fruits de ses arbres alors que ces fruits ne sont même pas formés ou pas encore parvenus à maturité. Il est en effet certain, déjà au moment où il teste, qu'il deviendra propriétaire de ces fruits ; c'est pourquoi il peut en disposer. Mais il ne pourrait pas disposer actuellement d'une chose qui ne lui appartient pas, même s'il se propose d'en acquérir la propriété dans la suite.

Si le testateur lègue par son testament une chose dont il n'est pas proprétaire, et qu'il en devienne propriétaire avant sa mort, l'institution sera valable et le legs subsistera, pourvu toutefois que le testateur n'ait pas annulé son testament dans l'intervalle ; on peut envisager qu'il est intervenu de sa part une ratification tacite de la disposition, au moment où il est devenu propriétaire de l'objet du legs.

Le testateur peut non seulement léguer par testament la propriété d'une chose, mais encore son usage, son usufruit, soit pour la vie du légataire (*omra*), soit pour

un temps déterminé à l'avance. Il a la faculté de léguer en usufruit une somme dont la valeur capitalisée ne dépasse pas le tiers de tous ses biens ; s'il a par exemple légué l'usufruit d'une maison (*socna*), on recherchera quel capital représente cet usufruit. Si ce capital est supérieur au tiers des biens totaux, la disposition testamentaire sera nulle pour autant qu'elle dépasse ce tiers.

Alors qu'en droit européen, en général, la charge de l'entretien des biens usufruités incombe à l'usufruitier, il n'en est pas de même en droit musulman. Ce sont les héritiers nu propriétaires, et non les usufruitiers, qui doivent l'entretien des biens grevés. Si donc le testateur lègue l'usufruit de son cheval, l'entretien de ce dernier sera à la charge des héritiers, alors que le tiers usufruitier en jouira seul. Il est évident d'ailleurs, que les héritiers auront toujours la faculté d'abandonner complètement la nue propriété à l'usufruitier, si la charge de l'entretien est trop onéreuse pour eux.

Un cas spécial se présente lorsque le testateur a disposé dans son testament de plus du tiers de ses biens, et que les héritiers légaux ont ensuite ratifié cette disposition du vivant du testateur. Il règne deux opinions sur la manière dont il convient d'interpréter un testament de ce genre.

D'après les uns, si les héritiers déclarent, après la mort du testateur, avoir ratifié la disposition testamentaire par pur respect pour la personne du testateur, et sans en avoir réellement l'intention, on doit considérer que la

ratification est nulle, et la disposition testamentaire invalidée, pour autant qu'elle dépasse le tiers disponible.

D'après les partisans de l'autre théorie, qui l'emporte d'ailleurs sur la première, la ratification des héritiers est toujours définitive et ils ne peuvent pas l'annuler après la mort du testateur.

En droit musulman, avons-nous dit, on peut disposer du tiers de ses biens par testament. Mais encore convient-il de savoir si ce tiers doit se calculer au moment de la confection du testament ou au moment de la mort du testateur. Si ce dernier a dit : « Je lègue le tiers de mes biens à X », la question n'est pas difficile à résoudre. A la mort du disposant, le tiers de tout ce qu'il possède constituera l'objet du legs. Mais lorsque le testateur a légué un bien déterminé, lorsqu'il a dit par exemple : « Je lègue ma maison à X », la question se pose catégoriquement. A quel moment faudra-t-il examiner si le legs de la maison dépasse les limites de la quotité disponible ? Sera-ce au moment de la confection du testament ou au contraire au moment de la mort ? Poser la question c'est d'ailleurs la résoudre. Il s'agit ici de dispositions pour cause de mort, et c'est le moment de la mort seul qui sera déterminant en ces matières. Il est possible qu'au moment où le testateur a disposé de sa maison, celle-ci représentât plus du tiers de sa fortune ; ainsi, il possédait en tout 8000 tomans et sa maison en valait à elle seule 3000. Mais dans l'intervalle qui s'écoule jusqu'à sa mort, sa fortune augmente de 1000, et atteint 9000

tomans à son décès. Le legs de la maison valant 3000 tomans sera parfaitement valable.

Il est d'ailleurs possible que les biens du testateur s'augmentent encore après sa mort. On considère en effet, que les indemnités judiciaires ou transactionnelles obtenues par un héritier à la suite d'un meurtre (1), rentrent encore dans les biens du défunt dans certains cas.

---

(1) Il nous parait nécessaire au sujet de ces indemnités de dire quelques mots des différents cas où on peut les réclamer.

En cas de meurtre d'une personne, le D. M. S. C. connait 3 éventualités qui tiennent compte des circonstances dans lesquelles l'attentat s'est produit.

a. Meurtre excusable. C'est le cas où une personne a donné la mort à quelqu'un, mais sans en avoir l'intention. Il s'agit là de ce qu'on appelle en Europe l'homicide par imprudence. C'est le cas qui se présente lorsqu'un chasseur, croyant tirer sur une pièce de gibier, atteint et tue une autre personne.

b. Homicide quasi-intentionnel. C'est le cas où le meurtrier s'est attaqué sciemment à une autre personne, mais sans intention de lui donner la mort. Ainsi en voulant frapper quelqu'un avec une canne, mais sans intention de le tuer, on a causé sa mort parce qu'on a frappé trop fort. On *appelle ces meurtres là quasi-intentionnels*, parce que le *criminel* avait seulement l'intention de battre ou de frapper la victime, mais non pas de la tuer.

c. Homicide intentionnel. Ici le meurtrier avait l'intention bien arrêtée de provoquer la mort. La peine du meurtrier intentionnel est la mort.

Dans les 3 espèces d'homicides, le meurtrier doit payer aux héritiers de la victime une composition fixée par le législateur. On appelle ces compositions « *dié* ». Elles varient par leur nature et il en existe 6 espèces qui ne sont jamais dues cumulativement, mais alternativement. Ainsi le meurtrier devra payer 5000 grammes d'or environ, ou bien 10000 derhems (le derhem vaut presque 25 cts), ou bien encore 100 chameaux, etc.).

Lorsqu'on se trouve en présence d'un meurtre intentionnel, les héritiers de la victime ont un droit d'option. Ou bien ils peuvent exiger l'application de la loi du talion et obtenir la mort du meurtrier, ou bien ils peuvent prendre l'indemnité fixée par le législateur, ou bien enfin ils peuvent se contenter d'une indemnité moindre en concluant une transaction.

S'ils réclament la mort du coupable, l'affaire prend fin complètement dès son exécution. Mais s'ils réclament paiement de l'indemnité légale ou

Ainsi lorsqu'on est en présence d'un homicide par imprudence ou d'homicide quasi-intentionnel, qui constituent en droit musulman deux catégories différentes du meurtre, l'indemnité est ajoutée aux biens du défunt et c'est sur le total ainsi obtenu qu'on calcule le tiers disponible.

Mais lorsqu'il s'agit d'un homicide intentionnel, nous trouvons deux opinions différentes chez les jurisconsultes du D. M. S. C. Les uns déclarent que l'indemnité doit être ajoutée à la fortune du défunt avant le calcul du tiers disponible, de sorte que le légataire bénéficiaire de ce disponible aura aussi droit au tiers de l'indemnité, tandis que les autres estiment que cette indemnité doit appartenir aux héritiers seuls. Et les partisans de cette dernière interprétation sont à leur tour divisés, certains

---

consentent à une transaction, le meurtrier devra accepter de son côté de payer l'indemnité fixée, sinon on devra le mettre à mort. Si une transaction intervient et que l'indemnité soit payée du consentement des deux parties, le juge punit néanmoins le meurtrier, mais la punition est adoucie et ne va pas jusqu'à la mort, (*taasir*). Cette punition a un caractère nettement pénal. Il ne serait pas normal en effet de se contenter du paiement d'une indemnité, ce qui permettrait à un homme riche de commettre autant de crimes qu'il pourrait en payer. L'intervention du juge infligeant une peine, malgré le paiement de l'indemnité est donc nécessaire. On arriverait à défaut de cette peine à des résultats extraordinaires. Ainsi rien n'empêcherait des enfants désireux d'entrer rapidement en possession de l'héritage paternel, de faire tuer leur père, quitte à ne réclamer du meurtrier qu'une somme d'argent peu importante.

On constate qu'il existe en droit musulman une certaine confusion entre la responsabilité pénale et la responsabilité civile ; cette confusion se produit d'ailleurs dans la Secte sunnite aussi bien que dans la Secte chyite. On constate en effet que le paiement de l'indemnité qui devrait avoir un caractère purement civil tient lieu, en une certaine mesure, de répression pénale, puisqu'à défaut de paiement, le meurtrier serait mis à mort.

d'entre eux prétendant que l'attribution de l'indemnité aux seuls héritiers n'est pas une règle absolue. Ainsi, pour eux, si le testateur avait au moment de la confection du testament une plus grande fortune qu'à sa mort, la règle fléchira et on commencera par ajouter l'indemnité aux biens de la victime avant de calculer le tiers disponible. Ainsi au moment où elle a fait son testament, la victime du meurtre avait 90.000 derhems et elle n'en possédait plus que 80.000 au moment de sa mort ; en admettant que l'indemnité soit fixée en pareil cas par la loi à 10.000 derhems, on commencera par les ajouter aux 80.000 restant, et le tiers disponible sera de 30.000 derhems, comme au moment de la confection du testament. Mais certains jurisconsultes n'admettent pas une telle exception. Pour eux il est indifférent que le testateur ait eu au moment de la confection du testament une plus grande fortune qu'à sa mort ; dans tous les cas, l'indemnité pour homicide intentionnel doit revenir aux héritiers, et on ne doit jamais l'ajouter à la fortune avant le calcul du disponible.

A propos de la quotité disponible, il vaut la peine de relever encore un cas particulier assez intéressant. Le D. M. S. C. connaît une institution originale appelée mosaraba. On entend par là le contrat par lequel un capitaliste donne à une autre personne une certaine somme d'argent, à charge par elle d'en faire le commerce ou d'en trafiquer. (1) Les bénéfices réalisés sur ce capital par le

(1) On peut assimuler le contrat de mosaraba à la commanda, contrat de commande, bien connu en Europe au moyen âge.

commerçant se partagent ensuite entre les deux parties, suivant une proportion déterminée. Le mosaraba est un contrat facultatif. Supposons un testateur, qui déclare dans ses dispositions pour cause de mort que telle ou telle personne aura le droit de trafiquer de tous ses biens après sa mort pendant un temps déterminé. Il conclut le contrat de mosaraba par ce testament et il charge sa contre-partie de verser la quote-part du bénéfice qui lui reviendrait à lui testateur, à ses héritiers. Comment les dispositions sur la quotité disponible s'appliqueront-elles en pareil cas. ? Les avis des jurisconsultes diffèrent de nouveau. Les uns déclarent le testament valable seulement pour le disponible, le contrat de mosaraba ne pouvant ainsi s'appliquer qu'au tiers de la succession. Les autres, au contraire, disent que le contrat est valable pour le tout, attendu qu'il ne prive pas les héritiers de la propriété des biens qui leur reviendront, ni du bénéfice auquel ils ont part. Cette divergence d'opinion n'est pas tranchée dans un sens ou dans l'autre et la question reste ouverte, sans qu'on puisse d'ailleurs donner des raisons sérieuses d'adopter une manière de voir plutôt que l'autre.

§ 2. Cas particuliers de détermination du tiers disponible

La quotité disponible se calcule d'après l'état de la succession au moment du décès. Naturellement il faut, avant de la déterminer, déduire tout le passif du de cujus et opérer ensuite le calcul sur l'actif net.

Il peut arriver que le testateur soit débiteur non pas de dettes ordinaires, contractées pour son entretien ou dans l'exercice de sa profession, mais de dettes relatives à l'acquittement de ses devoirs religieux impérieux (1). Comment s'opérera dans ce cas le calcul du tiers disponible? S'il s'agit de dettes concernant des devoirs que la fortune du testateur devait acquitter par exemple, on déduira ces dettes, comme on le fait pour le passif ordinaire, avant le calcul du tiers disponible. Mais s'il s'agit au contraire de devoirs que le corps lui-même du testateur devait acquitter, par exemple de prières à prononcer, en pareil cas, on ne déduit pas préalablement ce qui est nécessaire pour faire dire par un tiers les prières que le testateur a omis de dire, mais on commence par calculer le disponible, et c'est sur ce tiers qu'on imputera les dépenses faites, pour faire prononcer ces prières.

Il peut arriver que le testateur dise dans son testament : « Je charge X de payer ce qui est nécessaire pour acquitter les devoirs religieux dus par mon corps et ma fortune (prières et aumônes) ». En pareil cas, si le tiers disponible est suffisant pour payer les deux espèces de devoirs, on les paiera tous avec le disponible. Mais si le tiers ainsi calculé n'est pas suffisant pour le paiement

(1) Les devoirs religieux impérieux sont de 3 sortes, ou bien c'est le corps seulement qui les doit, ou bien c'est la fortune, ou bien c'est à la fois le corps et la fortune (devoirs mixtes). La prière, le jeûne constituent des devoirs dus par le corps, l'aumône est le devoir dû par la fortune; enfin comme devoir mixte, on peut citer le pèlerinage.

des deux espèces de devoirs, et que les héritiers n'autorisent pas le paiement de l'excédent avec leur part, on paiera tout d'abord les devoirs que la fortune aurait dû supporter, comme on paie les dettes ordinaires, c'est-à-dire avec l'ensemble des biens, après quoi on fixe le tiers disponible sur ce qui reste, et on paie ensuite avec cela les devoirs dus par le corps. Si le testateur avait, en pareil cas, plusieurs devoirs qui incombaient à son corps, ainsi, s'il devait à la fois le jeûne et la prière, on ne paie pas ces diverses charges proportionnellement à leur valeur, avec le disponible, mais on commence par payer intégralement ce qui est nécessaire pour acquitter le premier des devoirs mentionnés dans le testament, par exemple le jeûne, le surplus du disponible, s'il en reste, sera affecté ensuite à la prière.

Le testateur peut consacrer son tiers disponible à la fois à l'acquittement des devoirs que son corps aurait dû supporter et à diverses libéralités. En pareil cas, s'il a inscrit dans son testament d'abord les libéralités puis les sommes consacrées à l'acquittement des devoirs que son corps aurait dû supporter, on commencera par acquitter avec le tiers disponible tout d'abord les devoirs du corps intégralement, sans prendre en considération l'ordre indiqué par le testateur dans ses dernières volontés, puis s'il reste encore du disponible, on acquittera les libéralités.

Si le testateur a légué son tiers disponible à plusieurs personnes sans préciser la répartition, s'il a déclaré, par

exemple : « Je lègue mon tiers disponible à X et Y », chacun des deux aura droit à la moitié, c'est-à-dire qu'on partage par parts égales. Au contraire, s'il a dit : « Je lègue 100 tomans à X, 50 à Y et 200 à Z », on commencera par payer X, puis Y, puis Z, s'il reste quelque chose. On n'a donc pas ici de partage proportionnel, mais les derniers nommés par le testament sont servis les derniers. C'est l'ordre indiqué par le testateur lui-même qui fait règle pour la distribution. Mais il peut arriver que les témoins ayant assisté à la confection du testament, ne savent pas si le testateur a indiqué ou non un ordre pour ses libéralités ; on propose deux solutions pour répartir le disponible dans ce cas ; selon les uns, on opérera un tirage au sort qui désignera l'ordre dans lequel les légataires recevront les libéralités qui leur sont faites, selon les autres, on partagera le disponible proportionnellement entre tous les légataires. Les partisans de cette dernière opinion, la plus équitable d'ailleurs, l'emportent sur les premiers. Par contre, ce sera toujours le tirage au sort qui désignera l'ordre des légataires, et on ne partagera jamais proportionnellement, si les témoins savent pertinemment que le testateur avait fixé un ordre pour la répartition, mais sans qu'ils puissent se rappeler quel il était.

Si le testateur a dit : « Je lègue 100 tomans à X et à Y », on partage les 100 tomans par moitié entre X et Y, et si cette somme dépasse le tiers disponible, on se borne à répartir celui-ci par moitié entre les 2 légataires.

Il peut arriver que le testateur lègue plus que son disponible, par exemple la moitié de sa fortune. Si les héritiers ont ratifié cette disposition en croyant que la fortune était beaucoup moins considérable qu'elle ne l'est en réalité, selon quelques jurisconsultes, les héritiers peuvent se prévaloir de cette erreur et ne donner en plus du disponible que ce qu'ils croyaient abandonner en réalité en ratifiant le legs.

Exemple : Le jour où ils ont ratifié le testament, les héritiers croyaient que la moitié de la fortune s'élevait à 4.500 tomans. Ils ont donc consenti à abandonner au légataire 1.500 tomans au delà du disponible, car, si la fortune était de 9.000 tomans, le disponible était de 3.000 tomans. Après la ratification, on découvre que la fortune est de 30.000 tomans. Le tiers disponible est donc de 10.000 tomans. On ajoutera à ce tiers disponible 1.500 tomans que les héritiers avaient consenti à abandonner en ratifiant le legs. En outre, les héritiers devront prêter serment qu'ils ignoraient au moment de la ratification que la fortune dépassait 9.000 tomans.

Selon les autres jurisconsultes, la ratification des héritiers est toujours valable. C'est cette dernière opinion qui l'emporte.

Si le legs était d'une chose déterminée, et non pas d'une quote part de la succession, par exemple si le testateur léguait sa maison, et que le prix de cette maison dépassât le tiers disponible, les jurisconsultes sont unanimes à dire qu'en pareil cas, les héritiers ne pourront se

prévaloir de leur erreur, s'ils ont ratifié le testament.

Si le testateur a légué une chose déterminée, qui représente exactement la valeur du tiers disponible, le légataire devient naturellement propriétaire de son legs. Toutefois les héritiers peuvent encore dans ce cas faire valoir leurs droits, si les deux autres tiers de la fortune qui leur sont dévolus ne constituent pas des valeurs à leur disposition au moment de la mort, par exemple, s'ils se trouvent engagés sur des marchandises embarquées et qui courent les risques du voyage maritime, ou bien s'ils sont représentés par une créance que le testateur a contre un tiers qui n'offre pas de garanties. En pareil cas, c'est-à-dire toutes les fois que les deux tiers de la fortune dévolus ab intestat ne sont pas à disposition, et que seul le tiers légué est là, le légataire a un droit définitif sur le tiers de l'objet qui lui a été légué ; pour le reste, son droit demeure en suspens jusqu'à ce qu'on soit certain que les héritiers recevront leur part.

§ 3. Dispositions relatives au droit de disposer de ses siens lorsqu'on est en état de maladie

Nous avons dit au début de cette section qu'un propriétaire est libre de disposer de tous ses biens de son vivant, à titre gratuit par actes entre vifs, mais que cette liberté est modifiée lorsque le propriétaire est atteint par la maladie. Les jurisconsultes ne sont, à la vérité, pas

d'accord au sujet des effets que la maladie exerce sur le droit de disposition.

Les uns prétendent que la maladie n'apporte aucune limitation au droit du propriétaire de disposer de tous ses biens à titre gratuit par actes entre vifs.

Les autres déclarent au contraire qu'un malade ne peut pas disposer de plus du tiers de ses biens par actes entre vifs, à la condition toutefois que la maladie dont il est atteint soit mortelle, c'est-à-dire qu'elle soit cause de sa mort. Si le malade a disposé de plus du tiers de ses biens de son vivant et que sa maladie n'ait pas entraîné sa mort, son acte est parfaitement valable.

D'autres jurisconsultes enfin, opèrent une nouvelle distinction entre les maladies mortelles proprement dites et celles qui, tout en durant jusqu'à la mort, n'ont pas été la cause directe de celle-ci. Seules les maladies mortelles proprement dites, selon ces jurisconsultes, limitent le droit de disposition du malade.

Conformément à cette doctrine, lorsqu'un malade, atteint mortellement a disposé de plus du tiers de ses biens en donations, fondations ou donations déguisées (1), ses héritiers légaux auront le droit de demander la réduction de ces libéralités jusqu'à concurrence du tiers de la fortune.

Si le malade a fait une donation dont l'objet n'a pas encore été remis au donateur, et qu'ensuite il ait fait

(1) Il y aura donation déguisée (*solhé mohabati*), quand le malade vendra par exemple pour 100 tomans une propriété qui en vaut 1000.

un ou plusieurs legs dans un testament, à sa mort, les héritiers commenceront par exécuter la donation, puis ils acquitteront les legs s'il reste du disponible.

Remarquons en terminant que la première doctrine, celle qui laisse au malade, même atteint mortellement, le droit de disposer à titre gratuit de tous ses biens, l'emporte aujourd'hui.

SECTION II

Du pouvoir conféré par testament et de la tutelle en particulier.

Nous avons dit que le testateur peut non seulement donner le tiers de ses biens par testament, mais qu'il peut aussi par cet acte conférer à quelqu'un des pouvoirs en vue d'une affaire déterminée.

Ces pouvoirs conférés par le testateur sont de diverses espèces et il convient de les étudier maintenant avec quelque détail.

Nous avons tout d'abord le pouvoir que le testateur confère sur son corps pour après sa mort. Le titulaire de ce pouvoir aura la charge de pratiquer sur le corps du défunt les ablutions rituelles et de l'enterrer, comme il convient de le faire. Puis nous avons les pouvoirs que le testateur confère à un tiers, à l'effet de prendre soin de ses enfants après sa mort et qui forment l'institution de la tutelle testamentaire. Enfin, il s'agit encore de tous les autres pouvoirs qui appartiennent au testateur tant qu'il

est en vie, et qu'il peut déléguer pour après sa mort, comme il l'entend ; ainsi le pouvoir d'encaisser les créances du testateur à sa mort et de payer ses dettes, etc.

Nous nous attarderons quelque peu à la tutelle, le plus important des pouvoirs que puisse conférer le testateur dans ses dispositions pour cause de mort et qui, à ce titre joue un grand rôle dans les testaments du droit musulman.

§ 1. Des différentes espèces de tutelle

La protection des mineurs en droit musulman, comme dans toutes les législations, se présente sous des formes diverses et on distingue sous ce rapport :

1° *Le tuteur naturel* (*ovlia*) c'est-à-dire le père, qui exerce de plein droit la puissance paternelle sur ses enfants. A défaut du père, ce sont les ancêtres mâles qui reçoivent cette charge. D'ailleurs, seuls le père et les ancêtres mâles exercent cette puissance, les femmes sont complètement exclues de la tutelle naturelle. En aucun cas la puissance paternelle ne peut être révoquée, même par le juge. Toutefois, si le père devient fou et qu'il n'y ait pas d'ancêtres pour reprendre la tutelle naturelle, le juge pourra désigner un tuteur. Mais si dans la suite, le père redevient sain d'esprit, il réintègre *ipso jure* la puissance paternelle et le tuteur perd sa charge.

2° *Le tuteur testamentaire* (*ovsia*) c'est-à-dire celui qui est désigné par un testament. Le tuteur exerce exacte-

ment les mêmes pouvoirs que le père, il lui est en quelque sorte subrogé au moment de sa mort. Toutefois le père ne peut désigner un tuteur, s'il existe des ascendants, grand-père ou arrière grand-père, car ceux-ci le remplacent d'office. Les femmes peuvent être désignées comme tutrices testamentaires, alors qu'on les exclut de la puissance paternelle, comme nous l'avons vu.

Il existe une différence qu'il convient de relever entre les pouvoirs du tuteur naturel et ceux du tuteur testamentaire. Le premier, c'est-à-dire le père ou un ascendant plus éloigné, peut accomplir au nom de l'enfant des actes de toutes espèces, pourvu qu'ils ne lui soient pas nuisibles. Il est indifférent que ces actes laissent l'enfant dans la même situation ou qu'ils améliorent sa condition. Ainsi le père pourra vendre une maison de son enfant et en racheter une autre dont le rapport ne soit pas inférieur. Le tuteur testamentaire par contre, ne peut accomplir au nom de l'enfant que des actes qui sont dans l'intérêt de celui-ci, qui améliorent sa situation. S'il veut vendre la maison de son pupille pour en racheter une autre, il est nécessaire que cette dernière ait un rapport supérieur à l'ancienne.

C'est là la différence essentielle entre les pouvoirs de ces deux espèces de tuteurs.

3° Le tuteur désigné par le juge, *tuteur datif* (*ghaillem*). En l'absence de tuteur naturel ou testamentaire, c'est au juge à désigner la personne qui exercera la puissance sur les mineurs à protéger. La différence entre les

tutelles dative et testamentaire, c'est que le tuteur désigné par le juge n'est lié par aucune disposition quelconque et doit se borner à agir dans l'intérêt de l'enfant, alors que le tuteur testamentaire doit non seulement agir dans l'intérêt de l'enfant, mais encore se conformer aux dispositions que peut renfermer le testament à son égard. Ainsi, si dans son testament le de cujus a déclaré que le tuteur qu'il désigne devra vendre la maison de son enfant après sa mort, le tuteur est lié par ce testament et devra opérer la vente en tous cas, à moins pourtant qu'elle ne soit absolument préjudiciable aux intérêts de l'enfant. Le tuteur désigné par le magistrat, lui, est toujours lié par l'intérêt de l'enfant, et par cet intérêt seulement.

Quelle est la nature du devoir imposé au tuteur ? Cette question n'est pas sans intérêt, et nous allons examiner en particulier si la tutelle est une charge publique ou non.

Les devoirs que tous les Musulmans sont obligés d'accomplir sont de deux sortes :

a). *Le devoir relatif : vadjebé kafaï*. Cette expression signifie à peu près ceci : c'est qu'il suffit pour accomplir la volonté du législateur, qu'une ou plusieurs personnes accomplissent effectivement l'obligation qu'il impose par telle ou telle règle. Dès que quelques uns ont accompli ce devoir, le but qu'a poursuivi le législateur est atteint et dans ce cas, les autres personnes sont déchargées de

cette obligation. Il en est ainsi pour la guerre sainte. Si quelques personnes ont entrepris cette guerre, prescrite par la loi et qu'elles soient assez nombreuses pour la soutenir, cela suffit pour accomplir la volonté du législateur et tous les autres croyants sont déchargés de cette obligation.

Il en est de même pour l'obligation d'être tuteur.

b). *Le devoir absolu : vadjebé eini.* C'est une obligation qui incombe à tout le monde, une obligation par elle-même effective, pour traduire le mot arabe. Le but en vue duquel cette obligation est statuée ne sera atteint que si chacun, sans exception, s'acquitte de ce devoir. Personne ne saurait se dispenser de l'accomplir sous prétexte que d'autres l'ont accompli. Il en est ainsi de la redevance de l'aumône. Chacun est obligé de s'y soumettre et nul ne doit y échapper. Cette obligation de l'aumône consiste dans la nécessité pour tout homme dont la fortune dépasse une certaine limite, déterminée par la loi (*had-denessab*), d'en consacrer une partie au corps social musulman (*ommet*) (1).

La fonction de tuteur est un devoir de la première espèce, un devoir relatif. Il en résulte que, lorsque le testateur ou le juge a désigné un tuteur, toute autre personne est déchargée de cette fonction. Quant à la personne désignée, si, de l'avis du juge, c'est la seule qui puisse remplir convenablement cette fonction, la charge

---

(1) Voir note au bas de la page 172.

est pour elle absolument obligatoire. Mais il n'en est pas ainsi s'il est possible au juge de désigner une autre personne qui puisse remplir aussi convenablement que celle qu'il avait choisie d'abord, les fonctions de tuteur.

4° *Le curateur* (*moïn*). Il est aussi désigné par le juge. La différence entre le tuteur datif et le curateur, c'est que le premier est désigné pour la durée de la minorité, tandis que le curateur est désigné pour une période déterminée plus restreinte et pour certains actes déterminés. Mais il y a encore une autre différence plus importante, c'est que le curateur ne peut agir seul et par lui-même seulement ; son activité vient s'ajouter à celle d'une autre personne, qui est soit le tuteur naturel, soit le tuteur testamentaire. Cela se présente lorsque ces deux espèces de tuteurs, sans être complètement incapables, sont empêchés de remplir convenablement leurs fonctions pour une raison quelconque. Ainsi, si le père de l'enfant ou le tuteur testamentaire est aveugle, le juge désignera un curateur dont l'activité complètera celle du père ou du tuteur testamentaire, rendue imparfaite par son infirmité. Par contre, si le père ou le tuteur testamentaire était tout à fait incapable, le juge désignerait, non pas un curateur, mais un tuteur de la troisième catégorie, tuteur datif, pour remplacer définitivement l'incapable. Si d'autre part c'est un tuteur désigné par le juge qui devient partiellement incapable, qui perd la vue par exemple, le juge désignera immédiatement un autre tuteur.

Par contre, si un tuteur quelconque est empêché d'exercer ses fonctions pendant un temps relativement court, parce qu'il est malade ou qu'il est en voyage, le juge nomme un curateur, qui reste en fonction jusqu'à ce que le tuteur puisse prendre lui-même la direction effective des affaires du pupille.

Enfin, si un tuteur trahit son mandat, c'est-à-dire s'il n'agit pas dans l'intérêt du mineur dont il a le soin, le juge peut révoquer son mandat et nommer un autre tuteur.

§ 2. Exercice des fonctions de tuteur

Le tuteur est chargé de veiller aux intérêts de l'enfant confié à ses soins. Il est responsable de toute faute dans sa gestion ; par contre, il ne répond pas du cas fortuit (*aminast va Zamen nist*), sauf s'il a négligé de mettre fin à sa tutelle, alors qu'il avait reconnu que le pupille était en état d'être émancipé. S'il a agi de bonne foi, dans l'intérêt du mineur et selon les instructions du testament, il ne pourra pas être rendu responsable des conséquences fâcheuses de ses actes. En principe, les opérations sont faites aux risques du pupille qui profitera des bénéfices ou subira des pertes. Toutefois le tuteur serait responsable des pertes, s'il avait entrepris une affaire dans un pays troublé par une sédition, s'il avait commandité une personne qui n'inspirait pas confiance, etc.

Si un tuteur testamentaire est créancier du testateur qui l'a institué, il peut se rembourser le montant de sa

créance avec les biens de son pupille, sans autorisation du juge. Toutefois le juge ou le pupille lui-même une fois parvenu à sa majorité, peut exiger de lui la preuve de sa créance.

En ce qui concerne les actes juridiques passés entre tuteur et pupille, il règne deux doctrines. D'après la première, le tuteur peut acquérir à titre onéreux les biens de son pupille, à condition que cette opération soit dans l'intérêt de ce dernier. D'après l'autre opinion, un tuteur ne peut jamais passer des actes semblables avec son pupille.

Parmi les fonctions déférées au tuteur, il en est une spéciale, qui consiste dans la faculté qu'il a de désigner par testament la personne qui le remplacerait s'il venait à mourir avant la majorité de son pupille ; mais encore le tuteur n'exerce-t-il ce droit, que si le testateur qui l'a lui-même désigné, l'a autorisé expressément à le faire. Quand le testateur n'a pas donné d'autorisation expresse à ce sujet, selon certains jurisconsultes, le tuteur pourra néanmoins désigner son successeur dans son testament ; d'après d'autres jurisconsultes, il ne pourra pas le faire, et ce sera au juge à désigner un nouveau tuteur. C'est cette seconde opinion qui a prévalu et qui fait règle (1).

Nous avons vu précédement déjà, que lorsqu'un enfant a des ascendants paternels d'un degré plus éloigné que

(1) Dans la Secte sunnite, le tuteur testamentaire n'a pas non plus le droit de désigner son successeur par testament. Tohfat d'Ebn Acem, p. 734.

son père, par exemple s'il a encore son grand père ou son aïeul, le père ne pourra pas désigner de tuteur testamentaire, puisque le grand père ou l'aïeul deviant tuteur naturel à la mort du père. C'est donc là un cas de tutelle légale : les ascendants paternels sont les tuteurs naturels de leurs descendants à la mort du père de ceux-ci. Mais qu'adviendra-t-il si un père a désigné par testament un tuteur pour son fils, quand bien même le grand père, son tuteur naturel après le père, vivait encore? D'après les uns, le testament est nul de plein droit, et le tuteur désigné ne sera jamais appelé à remplir ses fonctions. D'après les autres au contraire, la disposition testamentaire n'est pas nulle, mais son exécution est suspendue jusqu'à la mort du tuteur naturel, dans notre cas jusqu'à la mort du grand père. Mais encore faut-il que ce grand père, pendant qu'il exerçait ses fonctions de tuteur naturel, n'ait pas lui-même désigné un autre tuteur par testament, car alors la disposition testamentaire nommant le premier tuteur resterait sans force, d'une manière définitive.

A propos du cas que nous venons d'étudier, certains jurisconsultes tirent une conclusion assez bizarre des dispositions légales. On sait qu'en droit musulman, un propriétaire ne peut disposer par testament que du tiers de ses biens, les deux autres tiers appartenant nécessairement aux héritiers légaux. Certains jurisconsultes disent donc que dans les cas où un père a désigné par testament un tuteur pour son fils, alors que le grand père vivait encore,

le tuteur désigné pourra toujours exercer ses fonctions pour l'administration du tiers des biens du de cujus. Celui-ci, en effet, était libre de donner par testament à qui il l'entendait, le tiers de ses biens, à plus forte raison pouvait-il donc confier l'administration de ce tiers à qui bon lui semblait.

Il nous paraît intéressant d'étudier encore à propos de la tutelle à quelle rémunération les tuteurs peuvent prétendre. Cette question est traitée très sommairement en deux phrases dans le Coran. « *Man cane faghiraa, fal yâcol belmarouf* » (Coran, chap. IV, verset 6) ce que veut dire : S'il est pauvre, il prend sa rémunération d'après l'usage ; et encore « *Va en cane ghanillan fal Jastaafef* ». L'interprétation de ce verset varie suivant les exégètes et il règne deux doctrines différentes au sujet du mot « *fal Jastaafef* ». Selon la première, on doit tirer de ce mot l'opinion que le tuteur, s'il n'est pas pauvre, ne doit recevoir aucune rémunération. Ce serait donc l'obligation pour le tuteur de gérer gratuitement les affaires de son pupille. La deuxième doctrine, elle, n'a pas donné à ce mot le sens « d'obligation de gérer gratuitement », mais elle a voulu voir dans ce mot un synonyme de l'expression « *mostaha* » ou « *mandoub* », qui, traduite littéralement, signifie « ayant des qualités qui plaisent ». Ces mots s'appliquent à des actions que la loi recommande aux hommes comme revêtues de qualités qui doivent attirer leur attention et faire naître l'approbation. Appliqué aux fonctions du tuteur et à la rémunération de celles-ci, ce mot

voudrait dire qu'il est recommandable que les tuteurs exercent leurs fonctions gratuitement, c'est-à-dire que la loi, sans imposer l'obligation de s'en acquitter gratuitement, conseille néanmoins de le faire parce que c'est là une action qui plaît à Dieu et aussi aux hommes. On pourrait donc traduire le second verset en disant: S'il n'est pas pauvre, il aura des mérites à gérer gratuitement. Des deux opinions que nous venons d'exposer, c'est la seconde qui l'emporte.

En conséquence, et du moment que le tuteur a droit en principe à une rémunération, la faculté d'y renoncer étant laissée à sa libre appréciation, les jurisconsultes ont fixé cette rémunération comme suit :

1° Les tuteurs doivent toucher leur rémunération en proportion des services qu'ils rendent et selon l'usage.

2° S'ils sont pauvres, ils doivent toucher leur rémunération selon leur nécessité, c'est-à-dire selon leurs besoins. Selon nous, il ne peut toutefois en être ainsi, que lorsque le tuteur emploie tout son temps à gérer les affaires de son pupille et que ses besoins n'excèdent pas la valeur de son travail. Il nous paraît juste qu'un tuteur qui travaille pour son pupille, une heure par jour ou même moins, ne puisse pas réclamer une rémunération qui subvienne à tous ses besoins, ainsi que semble l'indiquer la règle ci-dessus. S'il en était ainsi, non seulement il vivrait aux dépens de son pupille, mais encore il ruinerait en très peu de temps celui dont il doit sauve-

gardar les intérêts. En pareil cas, il nous paraît qu'un tuteur doit recevoir une rémunération proportionnée à son travail, et pas davantage.

3° Enfin les jurisconsultes ont établi une théorie mixte conformément au versetcité et dans l'intérêt du pupille. Selon cette théorie, si les besoins du tuteur, c'est-à-dire si ce qui lui est nécessaire pour vivre, n'équivalent pas à la rémunération des services qu'il rend, il doit se borner à se rémunérer selon ses besoins ; tandis que, au contraire, si les services qu'il rend valent moins que ce qu'exigeraient ses besoins, il doit se borner à se rémunérer en proportion des services qu'il rend et non d'après ses besoins.

Selon nous, on peut tirer de toutes ces opinions diverses, une règle uniforme sur l'application de laquelle les jurisconsultes paraissent être tous d'accord : c'est que le tuteur peut toucher sa rémunération selon les services qu'il rend et selon l'usage.

SECTION III

Des legs douteux ; étude de quelques cas particuliers

Il arrive assez souvent que les dispositions pour cause de mort laissées par un défunt ne sont pas parfaitement claires et que leur interprétation donne lieu à des difficultés très grandes. Les jurisconsultes musulmans se sont préoccupés d'étudier le plus grand nombre possible de

ces cas douteux et d'en donner une solution doctrinale qui eût force de loi. Dans cette interprétation casuistique des dispositions pour cause de mort, il convient d'opérer une distinction. Dans certains cas la difficulté qu'il s'agit de résoudre réside dans les termes mêmes employés par le testateur, c'est ce que nous appellerons des legs douteux. Nous examinerons quelques-uns de ces cas dans un premier paragraphe. Dans d'autres cas, au contraire, les mots employés par le testateur ne présentent aucune ambiguité, mais l'interprétation de la disposition n'en reste pas moins douteuse, à cause de certaines règles particulières du droit de succession. Ce sont donc là de simple cas particuliers ; nous nous bornerons à en exposer quelques-uns dans notre paragraphe second.

§ 1. Legs douteux

Si un testateur a dit dans son testament : « donnez une part (*sahm*) de mes biens à X après ma mort », et qu'il n'ait pas précisé davantage la portée de cette disposition, on se demande à quelle part de la succession X peut prétendre. On a tiré la solution de cette question d'un verset du Coran, qui traite de la répartition de la redevance aumônière. Ce verset déclare que le produit des aumônes doit être divisé en 8 parts attribuées à 8 catégories de personnes (1). On en a conclu que lorsque le

(1) La redevance aumônière porte sur 9 espèces de biens qui sont : le blé, l'orge, le raisin sec, les dattes, les bœufs, les chameaux, les moutons, les monnaies d'or et d'argent. Tout propriétaire doit payer la redevance aumônière dès qu'un de ces biens atteint dans sa fortune un minimum

testateur dit « donnez une part (*sahm*) de mes biens à X », on doit donner à ce dernier un huitième de la fortune du testateur.

Le testateur peut encore avoir dit : « donnez une *portion* (*djozë*) de mes biens à X, après ma mort ». On a aussi cherché à interpréter cette disposition conformément à un verset du Coran, et on déclare qu'une portion de la succession vaut le 1/10 des biens du testateur.

Enfin si le testateur a dit : « Je lègue à X une chose (*cheië*) parmi mes biens », les jurisconsultes déclarent qu'il a entendu donner la sixième partie de sa for une ; ils fondent leur solution sur le fait que dans la langue du peuple, en arabe, lorsqu'on dit une chose (*cheië*) pour parler d'une partie d'un ensemble, on entend par là un sixième du tout.

---

fixé par le législateur pour chacune de ces espèces. Au moment où le législateur a imposé la redevance aumônière, les fortunes étaient presque entièrement composées par les 9 espèces de biens énumérées plus haut, mais de nos jours les fortunes comprennent d'autres éléments (billets de banque, actions, obligations, etc.), pour lesquels les propriétaires échappent à l'aumône parce que les jurisconsultes dans leur formalisme, n'ont pas voulu étendre la portée des dispositions légales. C'est ainsi qu'il règne une grande inégalité dans les impositions de l'aumône. Ainsi celui qui possède 26 chameaux doit en donner un pour s'acquitter de la redevance aumônière, alors que le propriétaire d'une fabrique ou d'un chemin de fer y échappera. La redevance aumônière se répartit en 8 parts qui sont distribuées selon un verset du Coran : 1. Aux indigents, par quoi il faut entendre ceux qui ne peuvent pas vivre du produit de leur travail annuel et qui ne possèdent rien d'autre. 2. Aux pauvres, c'est-à-dire à ceux dont la condition est pire encore que celle des indigents. 3. A ceux qui perçoivent les aumônes. 4. Aux infidèles pour les convertir à l'Islamisme. 5. Pour le rachat des esclaves qui sont dans une condition très dure, afin de les affranchir. 6. Aux débiteurs insolvables. 7. A des buts d'utilité publique. 8. Aux voyageurs qui, faute d'argent, ne peuvent continuer leur voyage et rentrer dans leur patrie.

Si le testateur a été encore plus vague dans sa disposition, s'il n'a dit ni portion, ni part, ni chose, c'est-à-dire ni *djozë*, ni *sahm*, ni *cheië*, s'il a dit seulement : « Donnez à X un bénéfice (*nasib*) sur mes biens », en pareil cas c'est la volonté des héritiers qui fait règle et ils donneront à leur gré ce qu'ils voudront.

Le testateur dit encore parfois : « X aura un bénéfice (*nafa*) dans ma fortune ». A sa mort le bénéficiaire (légataire) prétend que l'intention du testateur était de lui donner tel ou tel bien ; si les héritiers ne sont pas d'accord à remettre cette chose-là, ils devront prêter serment qu'ils ignorent quel bénéfice le testateur voulait léguer à X, et ils seront alors libres de lui remettre le bénéfice qui leur plaira.

Un cas bien particulier et dont la solution est assez curieuse est le suivant. On suppose le cas où un testateur a dit : « Ce coffre sera donné à X après ma mort ». Selon certains auteurs, le coffre et tout ce qu'il contient deviendra propriété du légataire. D'autres, au contraire, prétendent qu'il faudra résoudre le cas selon les circonstances. Ainsi si le testateur a légué le coffre en question à un homme, et qu'il contienne des vêtements de femme, on doit présumer qu'il n'a entendu donner que le coffre, sans le contenu, puisqu'il ne voulait sans doute pas donner à un homme des vêtements de femme. C'est l'opinion de ces derniers auteurs qui l'emporte.

Le D. M. S. C. ne connaît pas, comme le Code Civil Suisse (art. 477 et suivants) des causes déterminées

d'exhérédation ; il n'autorise en aucun cas le testateur à exhéréder lui-même ses héritiers. Si donc le disposant a des enfants et qu'il ait dit : « Mon fils aîné sera privé de ma succession », certains auteurs déclarent que cet enfant doit recevoir sa part légale seulement, à l'exclusion du tiers disponible, tandis que d'autres auteurs ne tiennent aucun compte de l'exhérédation et répartissent les biens du défunt comme si elle n'existait pas. En tous cas, il est certain qu'un enfant ne peut jamais être privé par testament de son droit de succession légal qui est des deux tiers de l'ensemble des biens.

Signalons encore certains cas qui donnent lieu à des difficultés d'interprétation. Admettons un legs fait en faveur d'un enfant conçu, statuant que si l'enfant est un garçon il aura 200 tomans et si c'est une fille 100 tomans. Or à la naissance, il se trouve qu'il y a une fille et un garçon. On admet en pareil cas qu'on devra donner 200 tomans au garçon et 100 à la fille, si le tiers disponible est suffisant. Mais s'il n'est pas suffisant, on devra répartir le disponible entre eux de façon que le garçon ait une part double de celle de la fille. Mais si le testateur a dit : « Si cette femme met au monde *seulement* un fils, qu'on donne 200 tomans à celui-ci, et si elle met au monde *seulement* une fille, que celle-ci reçoive 100 tomans », dans cette hypothèse, lorsqu'il naît un fils et une fille, on ne donnera rien à personne ; on estime en effet, que l'intention du testateur était de faire un legs,

mais à la condition qu'il ne naisse qu'un fils ou qu'une fille, condition qui ne s'est pas réalisée.

Il arrive parfois qu'un même mot désigne deux objets différents. Si le testateur a employé un de ces mots à double sens, s'il a dit par exemple : « Je lègue mon *eïne* (mot qui signifie en arabe à la fois or et source) à X », et que le testateur possède de l'or et une source, dans ce cas, c'est aux héritiers à déterminer ce que le légataire recevra moins que les circonstances n'indiquent clairement que le testateur voulait donner à X sa source et non pas son or, ou vice versa.

Enfin, si le testateur a légué tel ou tel objet alors qu'il en possède plusieurs de la même espèce, par exemple un de ses chevaux, c'est aux héritiers à déterminer libre ment quel cheval le légataire recevra.

§ 2. Étude de quelques cas particuliers en matière de dispositions testamentaires

Le droit musulman connaît encore comme plusieurs droits européens un privilège de masculinité en matière de succession. La part légale des fils est double de celle des filles. Ainsi, si deux fils et deux filles concourent ensemble dans la succession de leurs parents, on divisera la fortune en 6 parts égales ; chacun des fils prendra alors 2 parts et chacune des filles, une seule part. Toutefois si le testateur a dit expressément dans son testament qu'il donnait sa quotité disponible à un de ses fils et à une de ses filles sans préciser davantage, le partage du

disponible s'opérera par moitié, et non d'après les règles qui régissent la succession légale, entre le fils et la fille désignés. De cette règle qui attribue aux femmes une part inférieure à celle des hommes, on a tiré l'application suivante. Supposons un testateur qui a fait un legs en ces termes : « Je donne à X la même part qu'à un de mes héritiers », on assimile en pareil cas le légataire à une fille et on lui donnera la part d'une fille et non pas celle d'un fils.

Lorsqu'une personne a été blessée dans un attentat perpétré contre elle par l'un de ses héritiers, on se trouve en présence d'un cas d'exhérédation légale. Nous avons vu plus haut qu'un héritier légal ne pouvait jamais être exhérédé de par la volonté du testateur seul, l'exhérédation se produit par contre d'office dans certains cas prévus par la loi où l'héritier s'est montré indigne de revêtir cette qualité. D'ailleurs, la disposition légale est en pareil cas d'ordre public et l'héritier indigne ne saurait être relevé de son indignité, même par la volonté de celui auquel il devait succéder. Ces règles sur l'indignité ont trouvé leur application dans un cas particulier relevant du testament. Supposons une personne qui a été blessée dans un attentat dirigé contre elle par son fils et qui fait le testament suivant : « Je donne à X une part équivalent à celle de ce fils qui m'a blessé ». L'interprétation d'une telle disposition, claire en elle-même, a donné lieu à une controverse où se sont opposées trois opinions diverses :

Selon la première, le testament est nul, parce que le fils dont la part a été léguée à X était exhérédé de par la loi et qu'il n'aurait eu par conséquent droit à aucune part quelconque dans la succession de son père. C'est là l'opinion du jurisconsulte Mohaghegh.

Selon le Chahid I au contraire, le testament est valable et on doit donner à X légataire une part légale, soit celle que le fils aurait recueillie s'il n'avait pas blessé son père.

Enfin le jurisconsulte Allamé (1) a émis une 3e opinion. Selon lui, le testament doit être déclaré nul, mais à deux conditions seulement. Il faut que le testateur ait su d'une part que c'était son propre fils qui l'avait blessé, et d'autre part qu'un fils en pareil cas ne peut jamais rien hériter de son père. Si ces deux conditions ne sont pas remplies, le testament reste en vigueur selon Allamé, au cas contraire il devient nul.

Il est impossible, nous semble-t-il, de se prononcer avec quelque apparence de raison en faveur de l'une ou l'autre de ces opinions.

Voici enfin brièvement énumérés quelques cas spéciaux de dispositions pour cause de mort. Si le testateur a légué ses biens aux pauvres et que ces biens se trouvent situés dans diverses localités, ils appartiendront aux pauvres des localités où ils sont situés. On peut aussi

---

(1) Allamé fut élève de Mohaghegh pour les sciences religieuses et juridiques et élève de Khadjé Nassireddine pour la philosophie. Il vivait au XIIIe siècle de l'ère chrétienne.

les donner tous aux pauvres de l'endroit où le testateur avait sa résidence au moment de sa mort. Mais les pauvres à qui ces biens seront distribués doivent être au nombre de trois au moins ; on ne pourrait pas donner ces biens à deux personnes pauvres seulement (1). Si le testateur a dit : « Donnez mes biens à X et aux pauvres », la moitié appartiendra à X et le reste reviendra aux pauvres.

Si un défunt a légué par testament oral ses biens disponibles à diverses œuvres de bienfaisance, hôpital, asile d'aliénés, écoles, etc., il arrive parfois que les témoins ont oublié la liste complète des institutions de bienfaisance en faveur desquelles il testait ; les jurisconsultes ont examiné ce cas et il règne deux opinions différentes pour sa solution. D'après la première, on exécutera tous les legs dont les témoins peuvent se souvenir au moment de la dévolution, et l'excédent du tiers disponible, s'il reste quelque chose, appartiendra aux héritiers. D'après la seconde opinion, on doit exécuter tous les legs dont on se souvient et on consacrera l'excédent à une œuvre de bienfaisance quelconque. C'est cette dernière opinion qui l'emporte.

Voici enfin un dernier cas assez curieux ; admettons que le de cujus a dit dans son testament : « Je lègue ma maison à X », et qu'au moment de sa mort la maison n'existe plus, le terrain où elle était située restant d'ail-

(1) Cette interprétation est tirée de la règle grammaticale de l'arabe qui dit que le pluriel commence à partir de trois et non pas de deux.

leurs la propriété du testateur ; nous rencontrons ici encore trois solutions différentes :

1° Le testament est nul ; car le testateur a légué une maison et il n'y a plus de maison.

2° Le testament est valable et s'applique au terrain sur lequel la maison était construite.

3° Si le testateur avait deux maisons, dès lors démolies toutes deux, et qu'il en ait légué une en la déterminant exactement, on doit donner au légataire le terrain où elle se trouvait. Mais s'il avait dit seulement : « Donnez à X une de mes maisons » sans préciser davantage et que les deux maisons aient été ensuite démolies, on ne donnera rien au légataire.

Remarquons que ces solutions ne s'appliquent dans l'idée des jurisconsultes, qu'au seul cas où la démolition de la maison résulte de la force des choses, d'un tremblement de terre par exemple. Si elle est l'œuvre du testateur, il faudra, semble-t-il, ne rien donner au légataire. Car on ne peut en pareil cas justifier l'opinion d'après laquelle le testament doit valoir pour le terrain seulement en disant : « En donnant la maison, le testateur entendait à plus forte raison donner aussi le terrain sur lequel elle était bâtie ». Il est clair en effet qu'en faisant ce legs, le testateur voulait avant tout donner à X une maison ; par conséquent s'il l'a démolie lui-même, il manifestait par là-même son intention de ne plus la laisser au

légataire, d'où il faut conclure, avec raison, selon nous, qu'en cas de démolition volontaire par le testateur, il n'y a pas lieu de donner au légataire le terrain sur lequel était construite la maison.

Mais dans le cas où la démolition est le résultat de la force majeure ou d'un cas fortuit, on ne saurait se prononcer d'emblée en faveur d'une des trois opinions ci-dessus et il conviendra de résoudre chaque cas en particulier, en tenant compte des circonstances et de la volonté présumée du testateur.

CHAPITRE IV

DE LA NULLITÉ ET DE L'INVALIDATION DES TESTAMENTS

Nous avons examiné au début de notre étude les éléments dont la présence est nécessaire pour la confection d'un testament. L'absence de ces éléments ou de l'un d'eux entraîne la nullité du testament. En outre l'objet du testament ne doit pas être illicite, impossible ou immoral, et le testament ne doit pas être non plus conditionnel. Enfin, d'autres causes peuvent encore entraîner l'annulation des dispositions pour cause de mort.

Nous allons donc examiner dans cette dernière partie de notre travail, les différents cas où le testament est nul ou annulable pour l'une des raisons que nous venons d'énumérer.

SECTION I

Nullité absolue du testament

Les causes qui peuvent entraîner la nullité du testament sont de deux espèces : ou bien elles se rattachent

à la parsonne même du testateur, ou bien elles ont trait à l'objet des dispositions testamentaires.

Tout d'abord le testament est nul lorsque le testateur ne possède pas les qualités ou l'une des qualités qui lui confèrent le droit de tester : la capacité et la détermination.

Il est nul en particulier lorsque la volonté du testateur ne s'est pas exprimée librement, c'est-à-dire lorsque le testament a été fait sous l'empire de la contrainte (*ekrah*). Par contrainte, il faut entendre toute force émanant d'une volonté étrangère qui oblige l'homme à agir ou à ne pas agir, contre son gré. Les actions d'un homme qui agit sous l'empire de la contrainte, de même que ses paroles, n'ont aucune valeur en droit musulman, car elles n'émanent pas d'une volonté libre et par conséquent responsable de ses actes. On distingue deux espèces de contrainte.

1° La contrainte absolue (*vis absoluta*). Elle se produit lorsqu'on porte atteinte à la liberté matérielle des mouvements et non seulement à la liberté intellectuelle. Ce sera le cas lorsqu'on extorque un testament à quelqu'un par la force en guidant la main du testateur de telle sorte qu'elle écrive ce qu'on veut obtenir de lui.

2° La contrainte psychologique (*vis compulsiva*). C'est celle qui se produit lorsque la personne contrainte agit apparemment en toute liberté en ce sens que son corps est libre, mais que son esprit, par contre, est soumis à l'in-

fluence d'une autre personne qui l'empêche de diriger ses actes selon sa volonté propre. Un testateur qu'on obligera à tester de telle ou telle manière en le menaçant de mort, subira une contrainte psychologique.

Quelle que soit d'ailleurs la contrainte dont il s'agit dans tel ou tel cas particulier, le testament obtenu par la contrainte est nul de plein droit et ne sort aucun effet.

La nullité du testament peut encore provenir de la nature de l'objet légué. C'est le cas lorsque le legs vise un bien qui n'est pas susceptible d'être possédé en droit musulman, comme du vin, de l'eau-de-vie, du porc, etc. Toutefois, si un legs de ce genre est fait conjointement avec d'autres dispositions dans un testament, ce dernier ne sera pas annulé en entier ; seules, les dispositions dont l'objet est illicite, seront nulles.

Enfin le testament est également nul s'il a pour objet quelque chose d'illicite, d'impossible, ou d'immoral. Ainsi, si un testateur lègue sa fortune à un chef de brigands pour qu'il puisse perfectionner ses moyens d'attaques ou s'il donne une somme d'argent pour faire construire un cabaret où on pourra boire du vin ou pour faire bâtir une maison de jeu, le testament sera nul *ipso jure*, puisque l'usage du vin et les jeux de hasard sont interdits dans le droit musulman.

SECTION II

Nullité relative du testament

TESTAMENTS CONDITIONNELS

Nous avons dit au début de notre étude que les actes juridiques (*aghval et afâlé-charillés*) sont ou bien constitutifs de droits ou bien déclaratifs de droits. Dans ces derniers, il est bien rare de rencontrer la forme conditionnelle, car il n'arrive jamais qu'on déclare un droit conditionnellement. On peut avoir, il est vrai, des actes déclaratifs d'un droit conditionnel, mais en pareil cas ce n'est pas l'acte lui-même qui est conditionnel mais le droit que cet acte déclare. La condition ne se rencontre donc le plus souvent que dans les actes constitutifs de droit ; mais le droit musulman ne connaît pas la condition au sens technique de ce mot même dans ces actes-là. Il n'admet pas qu'on dise en concluant un contrat de vente : « Je vous vends cette montre à condition que vous m'en procuriez une semblable ». Selon le D. M. S. C., dans une vente de ce genre, les 2 éléments caractéristiques du contrat, offre et acceptation (*idjab* et *ghaboul*) ont bien pu se rencontrer, mais l'offre (*idjab*) se trouve subordonnée à une condition casuelle dont la réalisation est indépendante de la volonté de l'acquéreur ; en conséquence, cette condition à laquelle l'offre a été subordonnée, vicie, selon le droit musulman, cet élément du

contrat et empêche l'acte tout entier d'avoir une valeur juridique quelconque.

Le droit musulman n'admet donc jamais qu'une condition modalise un contrat constitutif de droit. Or le testament, nous l'avons vu au début de notre étude, est un contrat de ce genre, il en résulte qu'on ne peut pas rencontrer de dispositions pour cause de mort conditionnelles en droit musulman.

Si donc un testateur a dit : « Je lègue mes biens à l'enfant conçu par telle femme, à condition qu'il naisse vivant », le testament sera nul à cause de cette simple adjonction conditionnelle, d'ailleurs parfaitement inutile et sans laquelle il eût été parfaitement valable.

D'une manière tout à fait générale, le droit musulman n'admet pas que, dans un acte constitutif de droit, la volonté des parties soit conditionnelle; tous ces actes doivent être purs et simples. Par conséquent le D. M. S. C. ne connaît aucune espèce de condition, qu'elle soit suspensive, résolutoire, potestative, casuelle ou mixte. Un contrat de bail, conclu par un propriétaire à condition que le locataire ne se marie pas, ne serait pas valable. Pour tourner la difficulté, il faudra se borner à donner à bail sans condition pour un temps relativement court, ce qui laissera au propriétaire la faculté de se départir du contrat à l'expiration de la première période, si cela lui convient. Il est d'ailleurs nécessaire de trouver des expédients pour échapper à la rigueur du droit musulman sur ce point-là : en effet une législation qui prohibe

formellement la condition ne peut suffire aux besoins de la vie juridique actuelle, à cause des complications sans nombre qu'une telle prohibition entraîne. Il était donc absolument nécessaire de trouver un remède à la rigueur de la loi, et c'est à quoi la doctrine s'est appliquée, avec succès d'ailleurs. Elle a imaginé deux moyens de tourner l'interdiction du législateur en matière de conditions, moyens que nous allons examiner avec quelque détail.

1° Le premier moyen consiste à enlever à la phrase son caractère conditionnel, en transformant la tournure employée et en exprimant en réalité la condition sous une forme différente. Ainsi une proposition comme la suivante : « Dieu a dit que tous les Musulmans doivent aller faire un pèlerinage à la Mecque, s'ils ont une fortune atteignant un minimum fixé par la loi », a un caractère nettement conditionnel et partant ne peut être admise par le droit musulman. Mais on peut maintenir la même règle, en transformant la tournure conditionnelle, et on dira : « Dieu a ordonné de faire un pèlerinage à la Mecque à tous les Musulmans dont la fortune atteint le minimum fixé par la loi ». Dans cette phrase l'ordre de Dieu ne s'adresse plus à tous les croyants à condition qu'ils remplissent telle condition, mais il s'adresse aux seuls croyants qui réalisent déjà en fait la condition posée, qui de cette façon disparaît de l'ordre du législateur. En transformant la disposition légale, on en restreint la portée : elle s'adressait à tous les Musulmans, elle ne

s'adresse plus maintenant qu'à ceux qui sont qualifiés pour aller en pèlerinage, mais en même temps la condition est supprimée. Ce procédé consistant à restreindre la portée de la disposition conditionnelle dans le but de lui enlever son caractère conditionnel ne peut être employé dans tous les cas. Il en est ainsi notamment lorsque la disposition conditionnelle s'adresse à une seule personne. Ainsi un testateur a dit : « Je donne 10.000 tomans à X à condition qu'il aille à la Mecque », le testament est nul en droit musulman, car on ne peut pas transformer la formule employée de telle sorte qu'elle perde son caractère conditionnel.

Par contre si le testateur dit : « Je donne ma fortune aux pauvres à condition qu'ils aillent à la Mecque », on peut modifier la phrase et admettre que l'intention du testateur était de favoriser le voyage à la Mecque d'un certain nombre de pauvres. On transformera donc la formule employée, en présumant que le testateur voulait dire : « J'entends favoriser de mes biens non pas tous les pauvres, mais seulement ceux qui vont en pèlerinage à la Mecque ». Le procédé employé est le même que celui dont nous avons parlé ci-dessus, il restreint la portée de la disposition.

2° Le second moyen dont on use pour tourner l'interdiction de la condition est assez différent du premier. Dans les cas que nous avons examinés plus haut, c'étaient les exécuteurs de la volonté du testateur qui modifiaient,

après sa mort, ses dispositions pour cause de mort, afin de leur enlever leur caractère conditionnel ; mais pour le faire ils restreignaient la portée de ses dernières volontés. Ici au contraire, aucune modification n'est apportée aux volontés du testateur, après sa mort, car c'est lui même qui prend soin dans son testament de se conformer à la règle qui interdit tout legs conditionnel. Ainsi au lieu de dire : « Je lègue mes biens aux pauvres à condition qu'ils aillent en pèlerinage à la Mecque », le testateur dira : « Je lègue ma fortune aux pauvres, » disposition pure et simple, parfaitement valable, puis il ajoutera dans une seconde phrase : « Ma volonté est que les pauvres aillent à la Mecque. » Ces deux membres de phrase n'ont l'un et l'autre aucun caractère conditionnel et ils conduisent néanmoins au résultat qu'aurait obtenu le testateur s'il avait donné à sa pensée une tournure conditionnelle.

On appelle ce procédé en arabe : *chart-zemnol-aghde* ; on peut traduire ces mots en français par « condition contenue dans un contrat ». Mais le contrat est indépendant de la condition et c'est pourquoi celui-là demeure valable.

Les deux moyens imaginés pour transformer des dispositions testamentaires conditionnelles en dispositions pures et simples consistent donc : le premier à diminuer la portée du testament, le second à imposer au légataire une obligation qui présente en fait la condition supprimée. Ces deux procédés ont pour but de donner force

exécutoire aux dispositions testamentaires. Toutefois il pourra arriver que même lorsqu'on a fait disparaître le caractère conditionnel du testament au moyen de l'une de ces deux formes, le testament reste nul. Mais en pareil cas, ce ne sera pas la condition transformée qui lui enlèvera sa validité, mais un autre facteur, ainsi le caractère illicite, impossible ou contraire aux mœurs de la disposition. Par exemple, admettons que le testateur voulait donner ses biens aux pauvres à condition qu'ils boivent du vin. Selon le premier procédé, le juge interprètera sa volonté en supprimant la condition, ce qui restreindra la portée du legs. On présumera que le testateur voulait favoriser l'entretien des pauvres, mais des seuls pauvres buvant du vin ; on admettera qu'il a voulu dire : « Je lègue mes biens aux pauvres buveurs de vin ». Cette disposition n'a plus rien de conditionnel, et néanmoins elle ne sera pas valable. Elle recommande en effet en quelque sorte l'usage du vin que le droit musulman prohibe. Elle a donc un caractère nettement illicite qui la rend nulle.

Ce que nous venons de dire s'applique uniquement au premier des moyens usités pour éluder les dispositions du droit musulman sur la condition. Mais il peut arriver aussi que le testateur lui-même ait voulu éviter un legs conditionnel et qu'il ait fait usage du second moyen. Il modifiera donc la disposition testamentaire instituant les pauvres héritiers à condition qu'ils boivent du vin, et il dira : « Je lègue mes biens aux pauvres », puis il ajou-

tera : « En outre les pauvres devront boire du vin ». La disposition testamentaire en tant qu'acte constitutif de droit est complète par l'emploi de la première proposition seule. On s'est donc demandé en pareil cas, si le caractère *illicite* de la 2e proposition, « *tous* les pauvres devront boire du vin », devait faire annuler toute la disposition. La doctrine s'est partagée sur ce point. Certains jurisconsultes considèrent comme nulle et non avenue la seule obligation contenue dans la 2e phrase, et ils déclarent le testament valable pour le surplus. La condition déguisée illicite n'invalide donc pas, selon ces auteurs, la disposition testamentaire constitutive de droit et les pauvres deviendront propriétaires mais sans avoir l'obligation de boire du vin. Il en doit être de même dans le cas où la condition déguisée est impossible. Ainsi le testateur a dit : « Je lègue mes biens à X », puis « j'oblige X à aller à pied à la Mecque ». Or X est impotent. De même aussi si la condition est contraire aux mœurs. Ainsi : « Je lègue mes biens à X », puis, « j'oblige X à ne pas se marier ». Dans tous ces cas, selon les partisans de cette première opinion, la disposition testamentaire reste valable, seule la condition déguisée disparaît.

Les adversaires de cette doctrine déclarent, eux, qu'une condition déguisée, si elle est illicite, impossible ou contraire aux mœurs, vicie la disposition testamentaire tout entière, et lui fait perdre sa validité.

Jusqu'ici les jurisconsultes n'ont pas émis d'autre opinion à ce sujet ; mais ils n'ont pas réussi non plus à se

mettre d'accord sur l'une de ces deux théories. Si nous avions à choisir entre elles, nous préférerions la première qui déclare la disposition testamentaire valable, tout en annulant l'obligation illicite, impossible ou immorale qui l'accompagne. Il serait d'autant plus juste de raisonner ainsi que la première partie du testament : « Je lègue mes biens aux pauvres » est, nous l'avons dit, complètement indépendante de la seconde, et qu'elle suffit en outre à instituer valablement les pauvres. Il n'y a pas de raison plausible pour que la proposition illicite, « tous les pauvres boiront du vin », exerce une influence sur le premier membre de phrase. Il suffit donc d'invalider cette seconde phrase qui forme aussi un tout à elle seule et qui peut être annulée seule également.

Il nous paraît toutefois qu'une autre opinion pourrait être soutenue avec beaucoup de raison. Il ne faut pas dire d'une façon absolue, ainsi que le font les jurisconsultes ou, bien la condition déguisée illicite vicie le testament tout entier, ou bien elle le laisse subsister, tout en étant annulée elle-même. Cette manière de faire est trop absolue, et il vaut mieux, à notre avis, se baser sur la volonté du testateur, qui en définitive avait le pouvoir de disposer de ses biens à son gré. On dira donc plutôt : toutes les fois que la condition déguisée, impossible, illicite ou immorale est de telle nature que, si le testateur avait pu savoir que cette condition ne serait pas réalisée, il n'aurait pas fait cette libéralité, la disposition testamentaire tout entière sera annulée. Si au contraire on

peut présumer que le testateur aurait fait ce legs, même en prévoyant la non réalisation de la condition, il y aura lieu de laisser subsister la disposition.

Ainsi, un testateur lègue ses biens à X, mais il l'oblige en même temps à épouser une jeune fille riche qu'il désigne, Z. On voit clairement ici que le testateur avait avant tout l'intention d'enrichir X, en lui donnant, avec le tiers de ses biens, la fortune de la jeune fille qu'il désire lui faire épouser. Mais il se trouve que le testateur ignorait l'existence d'un empêchement à mariage, entre X et Z. La condition déguisée est donc illicite. Malgré cela, selon notre doctrine, la disposition testamentaire restera valable puisque la volonté du testateur était avant tout d'enrichir X de ses propres biens et de ceux de Z. Par contre si le testateur avait dit : « Je lègue mes biens à Z » (or Z est une jeune fille riche) ; puis, « j'oblige Z à épouser X », alors que celui-ci est sans fortune, mais est lié au testateur par des liens d'affection, on pourrait présumer que la volonté du testateur était d'enrichir X, et non pas Z qui est déjà riche. Par conséquent, si un empêchement à mariage entre Z et X rend la condition déguisée, illicite, toute la disposition testamentaire sera nulle, car telle aurait été la volonté du testateur.

Peu importe d'ailleurs dans notre idée, que l'impossibilité ou l'illicité se soit manifestée avant ou après la mort du testateur. Si donc, dans l'exemple que nous avons choisi, aucun empêchement à mariage n'existait entre Z et X, la condition déguisée n'avait rien d'anor-

mal et le testament était valable. Mais que Z vienne à mourir de suite après le testateur, la condition devient impossible. Bien que cette impossibilité soit postérieure à la mort, on raisonnera néanmoins, selon nous, comme nous l'avons dit, en cherchant à établir la volonté du testateur.

Pour résumer tout ce que nous venons de dire des dispositions pour cause de mort conditionnelles, nous dirons :

1° Un testament conditionnel est nul si on ne peut pas diminuer la portée de la condition, de telle sorte que celle-ci devienne une condition déguisée, à moins que le testateur n'ait transformé lui-même la condition en une obligation mise à la charge du légataire.

2° Lorsque la condition déguisée qui modalise un testament est illicite, impossible ou immorale, le testament est nul ; toutefois, lorsque le testateur a lui-même transformé une condition de cette espèce en une obligation, le legs restera valable et la condition disparaîtra si l'on présume que le testateur eût attaché plus d'importance à celui-là qu'à celle-ci.

Rappelons, avant de terminer cette étude de la condition, qu'il convient de ne pas confondre cette dernière avec le terme. La condition renferme un élément incertain et aléatoire qui fait défaut dans le terme. La condition ne peut exister dans le droit musulman à cause de son incertitude. Quant au terme, il est toujours certain

qu'il arrivera, rien n'empêche donc son emploi. D'ailleurs, la notion du terme est inhérente à celle de testament, ainsi que nous avons défini cette institution, puisqu'un testament ne déploie ses effets que dès la mort de son auteur.

SECTION III

Annulation du testament

Il convient de distinguer entre la nullité et l'annulation du testament. On parle de nullité, lorsque la disposition pour cause de mort est sans valeur déjà au moment où elle a été faite, tandis qu'il y a annulation dans les cas où le testament commence par être valable, mais perd ensuite sa validité en raison de circonstances postérieures, indépendantes de la volonté du testateur. Ainsi, ce sera le cas lorsqu'un testateur a institué des héritiers valablement, mais sous une forme telle que si l'on exécute sa volonté sans aucune modification, de perpétuels conflits surgiront entre ces héritiers. En pareil cas, on annulera la disposition testamentaire, on se basera pour le faire sur la présomption que le testateur n'entendait pas que ses héritiers vivent constamment en mésintelligence et qu'il y a lieu, en conséquence, de rétablir sa volonté en prenant d'autres dispositions. Ce sera au juge à annuler le testament dans ces circonstances et à prendre les mesures nécessaires. Ainsi, supposons un testament qui érige des biens importants en fondation

de famille (*vaghfé-ovlad*), mais de telle manière que les héritiers ne peuvent se mettre d'accord pour l'exercice de leurs droits dans cette fondation et que des complications surgissent à chaque instant. Le juge aura le droit d'annuler le testament et d'ordonner la vente des biens érigés en fondation ; mais encore devra-t-on respecter, dans la mesure du possible, la volonté du testateur. Dans ce but, le juge consacrera le produit de la vente à l'achat de deux ou plusieurs biens suivant le nombre des héritiers ; il érigera chacun de ces biens en fondation, de telle sorte que chaque héritier puisse exercer ses droits sur l'un d'eux, sans entrer en conflit avec les autres. La volonté du testateur n'a donc pas été exécutée strictement, puisque c'était le bien désigné dans le testament qu'il entendait ériger en fondation et non pas un autre ; toutefois la solution adoptée se rapproche de cette volonté dans la mesure du possible, sans en présenter les inconvénients.

D'une manière générale, l'annulation est donc une mesure prise par le juge, relativement à un testament valable, postérieurement à la mort du testateur, pour parer aux inconvénients qui résulteraient de l'exécution des dispositions pour cause de mort, tout en respectant la volonté du disposant.

A propos de l'annulation du testament, il est intéressant d'examiner si le droit musulman connaît une institution en vertu de laquelle le testament cesse de déployer ses effets, lorsque les ayants-droit n'ont pas fait valoir

leurs droits pendant un délai déterminé. Disons d'emblée que le droit musulman, Secte chyite, ne connaît rien de tel. Si donc un testateur a fait un legs, il y a quelques siècles en faveur d'une personne déterminée, rien n'empêche les descendants du bénéficiaire de réclamer actuellement l'exécution de ces dispositions. Il en sera de même si le disposant a reconnu une dette dans son testament ; cette reconnaissance continuera à déployer ses effets même après 50 ou 100 ans.

Il suffira aux ayants-droit de prouver la validité du testament invoqué et leur légitimité sous la foi du serment. Une pareille prétention serait injustifiable en regard du droit européen moderne, d'après lequel le bénéficiaire d'un droit qui ne le fait pas valoir dans un délai déterminé, en est déchu. C'est dans ce sens que s'exprime l'art. 2262 du Code civil français en ces termes: «Toutes les actions, tant réelles que personnelles, sont prescrites par 30 ans, sans que celui qui allègue cette prescription soit obligé d'en rapporter un titre ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi ».

Cette institution du droit européen, inconnue dans la D. M. S. C. est la prescription (1). Il existe pourtant des cas en droit français, où la prescription ne court pas,

---

(1) La Secte sunnite connaît l'usucapion (*hovze*), et les règles de cette institution sont les suivantes : Si un étranger à la famille du propriétaire véritable d'un immeuble, possède celui-ci en vertu d'un titre pendant 10 ans, il en acquiert la propriété. Mais il doit avoir possédé pendant ce laps de temps, non pas par violence, mais en vertu d'un titre qu'il croyait valable alors qu'il ne l'était pas. L'usucapion est d'ailleurs suspendue si le propriétaire véritable était absent ou s'il demeurait à plus de 7 ou 8

mais dans ces cas ne rentre pas celui où une personne fait valoir ses droits à un legs (1). D'ailleurs, à côté de la prescription générale de l'art. 2262, le Code français connaît comme les autres droits européens, plusieurs prescriptions spéciales dont la durée varie beaucoup ; elles sont de 10 ans, de 20 ans, de 6 mois, etc. Ainsi l'art. 2271 en ces termes : « L'action des maîtres et instituteurs des sciences et arts pour les leçons qu'ils donnent au mois se prescrit par 6 mois ». Mais la prescription générale en droit français est de 30 ans, de sorte que, si un légataire n'a pas fait usage de son droit pendant 30 ans, il en est déchu.

La prescription telle que la connaît le droit européen, déploie ses effets pour toutes les prétentions et tous les

---

journées de marche du possesseur, ou encore s'il ignorait la possession par un autre.

S'il s'agit de biens autres que des immeubles, tels que vêtements et *bêtes de somme, le délai est de un à deux ans ou davantage.*

« Si le possesseur est un proche parent du propriétaire véritable, le « délai d'usucapion varie selon que diffère le mode de jouissance, par « exemple selon que le possesseur habite la maison, ensemence la terre « ou exploite le fonds. Alors le délai doit dépasser 40 ans ». Mais quand il existe entre les parents une inimitié telle que les liens de famille sont pour ainsi dire rompus, on les traite alors comme des étrangers et on leur applique la prescription de 10 ans.

En ce qui concerne la prescription des actions : après 10 ans une personne présente perd le droit de réclamer la réparation d'un préjudice qui lui a été causé (Tohfat d'Ebn Acem, op. cit. p. 665 et suiv. et 793).

(1) Voici les articles du Code civil français instituant des exceptions à la règle générale de la prescription :

Art. 2235. Ceux qui possèdent pour autrui ne prescrivent jamais par quelque laps de temps que ce soit.

Ainsi le fermier, le dépositaire, l'usufruitier et tous autres qui détiennent précairement la chose du propriétaire ne peuvent la prescrire.

Art. 2236. Les héritiers de ceux qui tenaient la chose à quelqu'un des titres désignés par l'article précédent, ne peuvent donc plus prescrire.

droits qu'on peut faire valoir envers des tiers. Tous perdent leur force par suite de l'écoulement du temps. Pourtant cette règle générale connaît des exceptions, qui résultent de circonstances spéciales. La plupart des législations connaissent par exemple des cas où la prescription est interrompue, et d'autres où elle est seulement suspendue. Nous nous bornerons à citer les dispositions de la loi suisse en cette matière.

« Art. 134 du Code Fédéral des Obligations, Empêchement et suspension de la prescription. La prescription ne court point et si elle avait commencé à courir, elle est suspendue :

1° A l'égard des créances des enfants contre leurs père et mère, tant que dure la puissance paternelle ;

2° A l'égard des créances du pupille contre son tuteur ou contre les autorités de tutelle, pendant la tutelle ;

3° A l'égard des créances des époux l'un contre l'autre, pendant le mariage ;

4° A l'égard des créances des domestiques contre leur maître pendant la durée du contrat de travail.

5° Tant que le débiteur est usufruitier de la créance ;

6° Tant qu'il est impossible de faire valoir la créance devant un tribunal suisse.

La prescription commence à courir, ou reprend son cours, dès l'expiration du jour où cessent les causes qui la suspendent ».

« Art. 135. La prescription est interrompue :

1° Lorsque le débiteur reconnaît la dette, notamment en payant des intérêts ou des acomptes, en constituant un gage ou en fournissant une caution ;

2° Lorsque le créancier fait valoir ses droits par des poursuites, par une action ou une exception devant un tribunal ou des arbitres, par une intervention dans une faillite ou par une citation en conciliation ».

Nous n'en dirons pas plus long ici au sujet de la prescription dans les législations européennes ; nous avons néanmoins tenu à caractériser cette institution d'une manière générale, afin d'en donner une idée aux Musulmans, chez qui elle est totalement inconnue.

Si le D. M. S. C. n'a pas admis la prescription au nombre de ses institutions juridiques, c'est qu'il ne peut concevoir qu'une personne arrive à être privée de l'exercice d'un droit par le simple écoulement du temps, alors qu'elle continue à être titulaire de ce droit. Le D. M. S. C. est donc basé sur le respect de l'état de droit et il n'admet pas qu'un propriétaire perde son droit de propriété sur tel objet, pour la simple raison qu'un tiers a possédé cet objet pendant très longtemps. Le droit européen lui, ne tient pas seulement compte de l'intérêt du titulaire du droit, mais aussi de l'intérêt de celui aux dépens duquel le droit s'exerce et de l'intérêt social. Mais, du fait que le D. M. S. C. ignore encore la prescription, on ne peut pas logiquement tirer un argument pour déclarer

que l'introduction de cette institution serait contraire aux principes fondamentaux de ce droit que nous avons étudiés dans notre introduction.

Nous avons vu là au contraire, que tout ce qui n'est pas formellement interdit peut devenir licite. Or, comme les sources du droit musulman ne prohibent nulle part la prescription, rien ne s'oppose à son introduction dans le D. M. S. C., d'autant plus que la raison humaine l'une des sources de ce droit la recommande. Ce sont ces raisons qui légitiment cette institution que nous allons examiner aussi brièvement que possible, afin de proposer une solution sur ce point si important pour une législation, tout en nous plaçant plus spécialement sur le terrain du testament et des droits du légataire.

1° Et tout d'abord, nous prétendons que la prescription des droits du légataire est dans l'intérêt des héritiers de la succession. Un exemple va faire comprendre notre pensée. Supposons qu'une personne, après avoir fait par écrit en présence de deux témoins un testament où elle lègue son disponible à tel ou tel légataire, annule, dans la suite, oralement, ce testament en présence de deux autres témoins, sans avoir détruit le premier. Le légataire institué par le testament annulé pourra fort bien laisser s'écouler un certain temps, jusqu'au moment où les témoins de l'annulation seront morts, et à ce moment se prévaloir du testament écrit, fait en sa faveur. Sa prétention ne pourra être repoussée, puisque la preuve de l'annulation du testament qu'il invoque sera impos-

sible à ce moment-là, tandis que si notre droit connaissait la prescription, sa réclamation serait tardive et le droit qu'il invoque périmé. Et il serait juste qu'il en fût ainsi, car le silence volontairement gardé par le faux légataire porte atteinte aux droits des héritiers en faveur de qui le testament a été annulé. Ce silence équivaut, à notre avis, à un véritable acte illicite. On peut invoquer pour soutenir cette opinion le principe général de droit islamique : « Point de dommage dans l'Islam » (1). Car ce principe ne s'applique pas seulement, d'une manière stricte, à un palmier planté dans la cour d'une maison, comme le veut la tradition, mais il s'applique en général à tout acte par lequel quelqu'un, en exerçant apparemment un droit, nuit volontairement et sciemment à autrui. Dans notre cas, comme dans celui que rapporte la tradition, il y a abus exercé par le titulaire d'un droit envers un tiers. Cet abus se manifeste ici par le silence gardé par le légataire, au lieu de se manifester par des actes ; cette abstention équivaut à un acte de commission et il n'est pas exagéré de dire que le légataire agit frauduleusement en gardant le silence jusqu'au moment où les témoins de l'annulation du premier testament seront

(1) Un nommé Djondab avait un palmier dans la cour de la maison d'une autre personne. Sous prétexte de voir son palmier, il allait à chaque instant frapper à la porte de celle-ci. Le propriétaire de la cour alla se plaindre au Prophète de cette situation. Ce dernier lui répondit de faire savoir à Djondab que personne ne devait déranger d'une manière inopportune son prochain sous prétexte d'exercer abusivement un droit « Si Djondab continue ses vexations, ajouta le Prophète, arrache le palmier et lance-le lui à la tête quand il viendra pour le voir parce que « Point de dommage dans l'Islam ». « *la Zarara va la Zérar fel eslam* ».

morts. Il serait donc juste, et dans l'intérêt des héritiers eux-mêmes, de sanctionner ici par le moyen de la prescription, le principe général du droit islamique : « Point de dommage dans l'Islam ». On obligerait par là le faux légataire à faire valoir ses droits à temps, ce qui permettrait de constater l'annulation de la disposition.

2° L'introduction de la prescription en droit musulman nous paraît présenter aussi un grand intérêt pour l'Etat lui-même. A défaut de prescription, les occasions de litige se multiplient et subsistent, sans qu'on puisse jamais envisager une prétention comme devenue sans valeur par suite de l'écoulement du temps. Si les droits dérivant de dispositions testamentaires ne sont jamais prescrits, on pourra après cinquante ou cent ans, faire valoir des testaments qui n'ont plus aucune signification, lorsqu'une période aussi longue s'est écoulée depuis la mort du testateur. Non seulement on arrive à créer ainsi des situations vraiment inextricables, mais encore on énerve la justice, qui ne peut plus être rendue convenablement après un temps aussi long. Car à mesure que le temps passe, les difficultés de la preuve deviennent de plus en plus grandes ; les juges en sont alors réduits ou bien à se prononcer sur des preuves insuffisantes, ou bien à ne pas rendre de décision faute de preuves. Enfin on crée ainsi un surcroît de procès, qui accaparent la justice pour des questions souvent insignifiantes et dont l'intérêt juridique est tout rétrospectif, tout en l'empêchant de

s'exercer avec suffisamment de netteté et de promptitude pour les affaires d'un intérêt plus immédiat. Toutes ces raisons prouvent que l'intérêt même de l'Etat et d'une bonne administration de la justice nécessitent l'introduction de la *prescription des droits litigieux*.

En dernière analyse, ce n'est pas seulement l'Etat qui supporte les conséquences du défaut de prescription, mais c'est la nation (*mellat*) tout entière, ne serait-ce qu'en raison de l'augmentation considérable des frais d'administration de la justice qui sont supportés en définitive par les contribuables. On pourrait donc, en ce sens, invoquer ici aussi le précepte d'ordre général. « Point de dommage dans l'Islam ». On peut d'ailleurs invoquer une autre tradition, qui appelle la même solution. Cette tradition (*khabar*) a trait à l'emploi des fonds publics. On rapporte que Talhé s'était rendu chez Ali, le quatrième khalife. Celui-ci tenait la caisse publique, et Talhé espérait obtenir du khalife quelque argent au détriment de la caisse. En arrivant chez Ali, il le trouva occupé à compter les deniers publics à la lumière d'une petite veilleuse. Mais dès qu'il eût terminé son compte, le khalife éteignit la veilleuse ; son visiteur lui en demanda le motif. Ali lui répondit : « L'huile de cette veilleuse a été achetée avec l'argent de la caisse publique qui appartient au corps social. Tant que je faisais le compte de la Trésorerie, il était juste que la veilleuse publique brulât pour m'éclairer, mais maintenant que j'ai terminé, elle doit être éteinte ; il ne serait, en effet, pas juste qu'elle brûlât

pendant notre entretien qui a un caractère amical et n'intéresse pas les affaires publiques. Or je ne suis pas assez riche pour payer moi-même l'huile de cette veilleuse ; il nous faut donc parler dans l'obscurité (1)». On pourrait citer d'autres traditions analogues, mais celle-ci nous suffira pour poser le principe qu'en droit musulman aucune institution ne doit subsister, si elle occasionne à l'Etat des frais inutiles. Or l'absence de prescription complique l'administration de la justice et la rend plus coûteuse, et c'est à la caisse publique (*beitol mal*), et en définitive à la nation tout entière, à supporter ces frais. Il sera donc dans l'esprit du droit islamique d'instituer la prescription pour diminuer les frais de l'administration.

3° Enfin, il est dans l'intérêt de celui-là même qui a à faire valoir une prétention, d'être tenu d'exercer son droit dans un délai déterminé. Si on institue la prescription et qu'en outre, on informe par publications tous ceux qui ont des créances à faire valoir, que faute par eux d'agir dans le délai prescrit, ils seront déchus de leurs droits, on leur rend un véritable service, car bien souvent c'est par pure négligence qu'ils n'agissent pas. Or le retard mis par le demandeur à faire valoir ses réclamations, rendra l'administration des preuves beaucoup plus difficile pour lui et diminuera les chances qu'il peut avoir d'obtenir gain de cause.

Il y a encore d'autres avantages pour un créancier en général, et pour un légataire en particulier, à faire valoir

(1) Dемоrgny. — Cours pratique du droit administratif, page 41.

ses droits immédiatement. Ainsi l'ayant-droit à une propriété foncière qui néglige de se faire mettre en possession, risque de voir son bien déprécié par l'administration de celui qui le détient sans droit. On lui rendra donc un véritable service en l'obligeant à faire valoir sa prétention aussi rapidement que possible, sous peine d'en être déchu au bout d'un certain délai. De même le créancier d'une somme d'argent qui néglige de réclamer paiement aura de beaucoup plus grandes difficultés à obtenir satisfaction s'il tarde trop dans sa réclamation. Il lui sera par exemple impossible de réclamer le capital et les intérêts. Car pour prouver qu'on les lui doit, il devra recourir au *témoignage* ou au serment. Or ces moyens de preuve ne peuvent être administrés que d'après la procédure du D. M. S. C., en vertu des articles 74 et 75 du Code de procédure civile, et cette procédure n'admet aucune réclamation d'intérêts, puisque le droit musulman interdit formellement le prêt à intérêts. Au lieu que, si ce créancier avait actionné immédiatement son débiteur, il aurait reçu son capital et aurait pu alors le faire valoir à son gré. On rendra donc un véritable service aux créanciers en les obligeant à agir à bref délai.

Tout ce que nous venons de dire au sujet de la prescription prouve que cette institution est dans l'intérêt de tous, de l'Etat aussi bien que de l'ayant-droit lui-même. D'ailleurs, elle n'est prohibée par aucun texte formel (*nasse sarih*) et il n'y a rien dans la religion qui empêche de l'instituer. Or, s'il est juste de ne pas chercher à

introduire dans le droit des institutions formellement prohibées par la religion musulmane, puisque le législateur a pris en considération l'intérêt de tous pour les interdire, il est non moins équitable de donner l'existence légale à une institution que rien ne prohibe et qui, au contraire, sera utile aux individus comme à la nation. Or tel est le cas pour la prescription. Son introduction amènerait certainement de grands progrès dans tous les domaines du droit, tant en matière d'obligations que sur le terrain du testament qui nous occupe plus spécialement ici. On ne verrait plus alors de légataires, pouvant faire valoir leur droit à juste titre, 50, 80 ou même 100 ans après la mort du testateur.

APPENDICE

Les lecteurs qui connaissent déjà le droit musulman se sont étonnés peut-être de ne pas trouver au cours de cette étude des dispositions concernant la situation de l'esclave en matière testamentaire. C'est à dessein que nous n'en avons pas parlé précédemment et nous exposerons plus loin les raisons qui nous ont dicté cette exclusion ; nous n'avons pas voulu néanmoins laisser complètement de côté une matière aussi importante, et nous allons nous en occuper, très succinctement d'ailleurs, dans les pages suivantes.

Voici brièvement résumées, les principales dispositions se rapportant à l'esclave en matière testamentaire. L'esclave, en droit musulman, n'a pas la capacité testamentaire. Il ne peut donc ni tester, ni être légataire, ni être tuteur.

Le testament qu'un esclave a pu faire durant sa captivité est nul de plein droit ; toutefois si l'esclave recouvre la liberté, même peu avant sa mort, le testament déploiera ses effets bien qu'au moment de sa confection

son auteur fût incapable. Tous les jurisconsultes n'admettent d'ailleurs pas cette solution.

Quant à la disposition qui interdit à l'esclave d'être légataire, elle souffre exception dans les cas où c'est le maître lui-même de l'esclave qui l'a institué légataire ; on exécute alors ces dispositions de la manière suivante : lorsque le legs équivaut à la valeur vénale de l'esclave, on se bornera à affranchir l'esclave, la somme léguée demeurant acquise à la succession. Si le legs dépasse le prix de l'esclave, on l'affranchira de même, et la différence entre la somme léguée et la valeur de l'esclave sera remise à ce dernier. Si au contraire, la valeur du legs est inférieure à celle de l'esclave, l'affranchissement ne sera pas complet, mais il se produira néanmoins, sinon en fait, du moins en droit jusqu'à concurrence de la somme léguée. Pour se libérer complètement, l'esclave devra recourir à son travail ou à son industrie, jusqu'à ce qu'il soit en état de parfaire la somme nécessaire pour acheter sa liberté.

Enfin, un esclave ne peut pas être tuteur sans le consentement de son maître. D'ailleurs même dans les cas où c'est le maître lui-même qui l'a nommé tuteur dans son testament, les avis sont partagés. Certains jurisconsultes affirment que l'esclave pourra, en pareil cas, exercer la tutelle ; les autres lui refusent ce droit. Mais la nomination d'un esclave comme tuteur sera en tous cas valable, s'il a recouvré la liberté, dans l'intervalle entre la confection du testament et la mort du testateur.

Telles sont, d'une manière tout à fait générale, les dispositions concernant l'esclave en matière testamentaire. Nous n'avons pas cherché à les introduire dans le corps de notre étude, non seulement en raison de leur caractère spécial, mais principalement pour des motifs dont nous tenons à dire quelques mots ici :

L'esclavage est une institution qui est en contradiction non seulement avec la raison humaine et avec l'organisation sociale moderne en général, mais encore avec les prescriptions établies par le législateur de l'Islam lui-même. Il ne faudrait en effet pas conclure du fait que le droit musulman contient des dispositions sur l'esclavage, à la volonté du législateur de l'Islam de maintenir cette institution funeste.

A l'apparition de l'Islam, les Arabes étaient encore presque sauvages ; en temps de famine, certains d'entre eux avaient coutume d'enterrer leurs enfants vivants (1). La suppression radicale de l'esclavage par le législateur, à cette époque, chez des peuplades aux mœurs aussi arriérées, n'aurait eu aucune chance de succès et serait restée lettre morte. C'est tout au plus si quelques esprits, plus avancés que les autres (2), auraient pu admettre une mo-

(1) Houdas. Islamisme, p. 97, Paris 1904.

(2) C'est ainsi qu'un des compagnons intimes du Prophète Abou-Horeiré a déjà prononcé cette parole significative : « Ne dites pas mon esclave, car nous sommes tous les esclaves de Dieu, mais dites mon serviteur ou ma servante ». Il aurait été inutile à cette époque d'employer des arguments philosophiques pour réclamer la suppression de l'esclavage ; personne n'aurait voulu y croire, mieux valait employer un argument religieux, comme le fait Abou-Horeiré et dire que tous ayant été créés par Dieu, sont esclaves de Dieu et qu'il n'existe par conséquent aucune supériorité d'un homme sur un autre.

dification aussi grave de l'état social. Le législateur de l'Islam s'en est bien rendu compte et c'est pourquoi il n'a pas aboli l'esclavage d'une façon expresse. D'ailleurs, même à notre époque, soi-disant civilisée, où tout le monde en Europe est d'accord pour condamner l'esclavage, les Etats européens n'ont pu abolir cette institution. Et ce ne sont pas seulement les états esclavagistes proprement dits qui ne voudraient pas adhérer à cette mesure, mais même des Etats d'Europe qui, sans être esclavagistes, tirent profit et intérêt du maintien de l'esclavage (1).

Des raisons identiques à celles qui ont mis obstacle à l'abolition formelle de l'esclavage par les puissances européennes, ont empêché le législateur de l'Islam de couper le mal dans sa racine dès les premiers siècles de l'Hégire ; mais il a pris des mesures telles que si on s'y était conformé, l'esclavage n'aurait pas tardé à disparaître entièrement. Voici les mesures prises par le législateur, destinées à provoquer cette disparition progressive :

1° Le droit islamique lui-même pose en principe qu'aucun Musulman ne peut devenir esclave. C'était là un moyen très efficace d'enrayer la propagation de l'esclavage. Mais, d'autre part, un autre principe fondamental de l'Islam veut que l'on cherche par tous les

---

1) Voir à ce sujet « l'esclavage portugais et le Journal de Genève » par René Claparède, Paris, 1914.

moyens possibles à augmenter le nombre des adeptes de cette religion et à étendre son domaine. Le meilleur moyen d'atteindre ce but aux yeux des Musulmans, c'est de pratiquer la guerre sainte, et c'est ce que les Arabes ont fait pendant plusieurs siècles. Malheureusement ils ont aussi fourni par ce moyen de nouveaux aliments à l'esclavage. En effet, avant l'apparition de l'Islam, les guerres entreprises par les Arabes n'avaient pas un caractère de propagande religieuse, aussi se bornait-on, selon les mœurs sauvages de l'époque, à tuer les prisonniers de guerre. Mais la nouvelle religion tenta d'introduire des mœurs moins barbares, tout en augmentant le nombre de ses partisans. C'est pourquoi le droit musulman déclare qu'il ne faut pas tuer les captifs, mais qu'ils seront les esclaves de ceux qui les ont faits prisonniers. D'autre part, le principe qu'aucun Musulman ne peut devenir esclave subsistait. On en arriva donc à établir le système suivant : les adeptes des religions admettant les livres saints,qui refusaient de se soumettre et d'adopter l'Islam n'étaient pas réduits en esclavage, mais on leur imposait l'obligation de payer un tribut. Quant aux partisans des autres religions, ils avaient la faculté d'adhérer volontairement à l'Islamisme ; sinon on leur déclarait la guerre et s'ils étaient vaincus, au lieu de les mettre à mort comme autrefois, on les réduisait en esclavage ; ils ne pouvaient plus dès lors échapper à la servitude même s'ils se convertissaient.

On avait donc à ce moment deux catégories d'esclaves ;

tout d'abord ceux qui étaient esclaves avant l'Islam et qui restaient dans leur condition en vertu du droit acquis de leur propriétaire, puis les prisonniers de guerre. Les descendants de ces deux catégories suivaient la condition de leurs parents et demeuraient esclaves, quoique Musulmans, parce qu'il était impossible de léser les droits acquis des propriétaires.

2. Un second moyen dont a usé le droit musulman pour arriver à abolir l'esclavage, c'est l'affranchissement, obligatoire ou facultatif, prévu dans une foule de cas et réalisé par toutes sortes de moyens. Nous allons examiner quelques-uns seulement de ces modes d'affranchissement.

a) Tout d'abord le Coran prévoit un cas tout à fait général au Chapitre 24, verset 33 : « Si quelqu'un de vos esclaves vous demande son affranchissement par écrit, accordez-le lui, si vous l'en jugez digne ; donnez-leur quelque peu de ces biens que Dieu vous a accordés (1).

b) Le Coran et le Sonnat ont encore prévu plusieurs cas d'affranchissement dans le domaine des expiations.

---

(1) Ce verset est la source de Kétabet, institution du droit musulman, d'après laquelle, le propriétaire d'un esclave s'engage à l'affranchir, si ce dernier s'offre à lui verser une certaine somme, prélevée sur le produit de son travail.

Quant au sens de la fin de ce verset, où il est dit : « Donnez leur quelque peu de ces biens, que Dieu vous a accordés », les commentateurs expliquent cela, en disant que le maître qui affranchit son esclave en vertu de ce verset, ne doit pas exiger de lui, paiement de sa valeur intégrale, mais qu'il doit lui faire remise d'une partie de son prix de rachat.

Lorsque des expiations sont ordonnées aux Musulmans par la loi, elles comportent en effet le plus souvent, comme première peine, l'affranchissement d'un esclave, ou à défaut d'esclave à affranchir, deux mois de jeûne, et enfin, si l'on ne peut supporter un si long jeûne, l'obligation de nourrir 60 pauvres (1).

c) Enfin le Sonnat encourage par une foule de moyens l'affranchissement des esclaves. Bornons-nous à mentionner la tradition qui dit que celui qui met en liberté un esclave est exempt des feux de l'enfer.

De tout ce que nous venons de dire, il résulte que le législateur musulman avait fait en sorte que l'esclavage diminuât d'une manière progressive. L'interdiction de réduire les Musulmans en esclavage a, il est vrai, été un moyen un peu illusoire de réduire le nombre des esclaves, tant que les Arabes ont fait la guerre sainte et ont réduit en esclavage les prisonniers de guerre. Mais depuis plusieurs siècles, les Musulmans ne font plus la guerre sainte, et d'autre part, les nombreux modes d'affranchissement institués par le droit auraient dû diminuer sensiblement et graduellement le nombre des esclaves. On peut donc s'étonner, à première vue, que l'esclavage se soit maintenu malgré les mesures prises contre lui. Il n'est pas difficile d'ailleurs de trouver les motifs de cet état de chose. Il suffit de considérer d'un peu plus près les moyens préconisés pour réprimer l'esclavage, pour constater combien

(1) Voir page 14.

ils sont peu efficaces en réalité. Nous nous bornerons pour le prouver à examiner dans leur application les divers modes d'affranchissement que nous avons mentionnés.

1° Tout d'abord, le verset du Coran que nous avons cité, impose au maître un devoir, celui d'affranchir son esclave, moyennant payement d'une certaine somme par celui-ci, et donne à l'esclave un droit, celui de demander son affranchissement. Il semble que ce verset aurait dû provoquer en peu de temps une quantité d'affranchissements. En effet, pour apprendre aux Musulmans à connaître et à observer les droits et les devoirs qui leur incombent, Dieu a recommandé la lecture du Coran à tous les fidèles. Nul ne peut donc, semble-t-il, ignorer les dispositions que contient le livre saint. Mais ce n'est malheureusement pas le cas, car les Persans et les Turcs qui lisent le Coran, et certaines personnes ne font que cela pendant tout le mois de jeûne, ne peuvent le comprendre puisqu'il est rédigé en arabe et qu'il n'a pas été traduit jusqu'à nos jours. Leur lecture du Coran n'a donc aucun but et après l'avoir lu pendant 20 ou 30 ans ces personnes ignorent encore tout de ses dispositions. Du reste, les Arabes eux-mêmes ne peuvent comprendre le Coran qu'en usant de commentaires explicatifs, sinon pour tous les passages, du moins pour beaucoup d'entre eux.

Ce n'est d'ailleurs pas seulement le Coran qui est rédigé en arabe, mais à peu près tous les ouvrages

musulmans tant juridiques que religieux. Les sources étant en arabe, les jurisconsultes ont en effet continué à écrire en arabe, de sorte que personne ne peut comprendre leurs œuvres (1). Il en résulte que les jurisconsultes sont moins nombreux et entourés de plus de respect que si les ouvrages juridiques étaient écrits en persan ou en une autre langue. Car dans ce cas, la langue ne serait pas un obstacle à la connaissance du droit, au lieu que maintenant un jurisconsulte ne peut pas étudier d'emblée les principes du droit musulman, mais qu'il est obligé auparavant de connaître parfaitement bien l'arabe, seul moyen de parvenir à l'étude du droit. Or, cette étude est très difficile. Il en résulte que sur 1000 personnes qui étudient le droit, il en est 10 tout au plus qui peuvent prétendre le connaître véritablement.

La conclusion à tirer de ce que nous venons de dire, c'est que le Coran reste inconnu au peuple, malgré la lecture journalière qu'on peut en faire. On ignore donc que l'affranchissement des esclaves est un devoir prescrit par le droit coranique, et l'esclavage ne diminue en aucune façon.

2° Le deuxième mode d'affranchissement que nous

---

(1) Même dans les actes de la vie courante, les jurisconsultes se servent de la langue arabe. Ainsi lorsqu'un acheteur et un vendeur se présentent devant un jurisconsulte pour faire enregistrer leur acte dans les registres ecclésiastiques, ce jurisconsulte doit commencer par attester au pied de l'acte de vente que les parties se sont présentées devant lui et se sont déclarées d'accord avec cette vente. Cette attestation (*Sedjel*) sera rédigée en arabe. Il en sera de même pour beaucoup d'autres actes de la vie privée.

avons signalé, l'affranchissement à titre d'expiation ordonné par le Coran ou le Sonnat, n'est pas plus efficace que le précédent pour restreindre l'esclavage. Les Musulmans mettent une grande négligence à s'acquitter de leurs devoirs religieux, non seulement lorsqu'il s'agit de subir une expiation, mais aussi par exemple dans l'acquittement de la redevance de l'aumône (1). Si toutes les expiations encourues aux termes de la loi coranique donnaient lieu régulièrement à un affranchissement et si toutes les aumônes ordonnées par la religion étaient acquittées, il y a longtemps qu'il n'existerait plus en pays musulman ni esclaves, ni pauvres. Malheureusement il règne une négligence incurable chez les fidèles dans ce domaine, de sorte que toutes les prescriptions de la loi sont inefficaces.

3° Nous avons signalé plus haut un troisième moyen favorisant l'affranchissement des esclaves ; il repose sur une tradition du Sonnat qui dit : « Celui qui met en liberté un esclave est exempt des feux de l'enfer ». Il résulte *a contrario* de cette tradition que celui qui met en liberté un esclave ira en paradis ; mais il existe d'autres traditions qui permettent d'obtenir le paradis par d'autres moyens que l'affranchissement d'un esclave.

C'est pour toutes ces raisons, et d'une manière générale parce que l'Islamisme n'a pas abrogé formellement l'esclavage, que cette institution, vestige des époques barbares,

(1) Voir la note au bas de la page 172.

subsiste encore aujourd'hui. L'esclavage est d'ailleurs encouragé en une certaine mesure par le fait que les Etats européens, eux non plus, n'ont pu se décider à l'abolir rigoureusement dans l'Acte général de la Conférence de Bruxelles du 2 juillet 1890. C'est au contraire une reconnaissance implicite de l'esclavage que contient l'article 62 de cet Acte général :

« Les puissances contractantes dont les institutions « comportent l'existence de l'esclavage domestique et « dont, par suite de ce fait, les possessions situées dans « ou hors d'Afrique servent, malgré la vigilance des auto- « rités, de lieu de destination aux esclaves africains, s'enga- « gent à en prohiber l'importation, le transit, la sortie, ainsi « que le commerce. La surveillance la plus active et la « plus sévère possible sera organisée par elles sur tous les « points où s'opèrent l'entrée, le passage et la sortie des « esclaves africains ». En réalité, rien dans cet article ne préconise l'abolition de l'esclavage, car à notre avis, il ne sert à rien de combattre la traite. Tant et aussi longtemps que l'esclavage subsistera, on continuera à faire le trafic des esclaves. La Turquie avait d'ailleurs pris des dispositions contre la traite dans une loi promulguée avant la Conférence de Bruxelles, qui a même été approuvée et ratifiée par cette Conférence. Voici ce que déclare l'Acte général, article 68, à ce sujet. « Les puissances signataires « reconnaissent la haute valeur de la loi sur la prohibition « de la traite des noirs, sanctionnée par S. M. l'Empe- « reur des Ottomans, le 4/16 décembre 1889 (22 Rebi-

« ul akhir 1307) et elles sont assurées qu'une surveillance « active sera organisée par les autorités ottomanes, « particulièrement sur la côte occidentale de l'Arabie et « sur les routes qui mettent cette côte en communication « avec les autres possessions de sa Majesté Impériale en « Asie ». Pour nous, nous sommes persuadés qu'en dépit de la surveillance la plus active, « tant qu'il y aura « des acheteurs d'esclaves, il y aura des vendeurs », lisons-nous dans un ouvrage antiesclavagiste, (1) « la demande « est trop forte, et le prix trop avantageux pour ne « pas perpétuer la chasse à l'homme. Supprimez l'es-« clavage, vous supprimerez la traite, mais tant que « l'esclavage subsistera, vos croisières seront impuissantes « et les remontrances de vos consuls n'aboutiront à rien. « On fermera les marchés publics d'esclaves, mais la « contrebande se fera avec la connivence des autorités « locales et rien ne sera changé ». Et en effet, non seulement la traite n'a pas complètement disparu, en dépit des mesures prises par les puissances, mais le marché général des esclaves à la Mecque continue à subsister. Et, chose plus inouïe encore, on ne se borne pas à vendre des hommes, mais on continue comme par le passé à façonner la marchandise selon le goût des acheteurs. C'est ainsi que les sultans ayant besoin d'eunuques pour le service de leur harem, et les riches Musulmans les imitant, les marchands d'esclaves doivent être à même

(1) Joseph Cooper : *Un continent perdu*, trad. par Laboulaye, Paris, 1876, page 7.

de fournir cette marchandise, apprêtée et obtenue au moyen de sacrifices humains très considérables, car pour obtenir un seul eunuque, il faut opérer plusieurs enfants en bas âge, la plupart mourant des suites de l'opération.

Du reste, la race noire ne peut vivre longtemps sous d'autres latitudes que celle de son pays d'origine, de sorte que les esclaves transportés dans un autre climat meurent assez rapidement.

Nous avons dit plus haut que l'Islam et les Etats européens n'ont pas aboli formellement l'esclavage ; ces mêmes Etats, soi-disant civilisés, se sont bornés à inscrire en faveur de la libération des esclaves une seule disposition dans l'Acte général de Bruxelles ; c'est l'article 64, en ces termes : « Tout esclave fugitif « arrivant à la frontière d'une des puissances mention« nées à l'article 52 sera réputé libre et sera en droit « de réclamer des autorités compétentes des lettres « d'affranchissement ». Cette disposition n'a pas en réalité une portée bien considérable, car si l'esclave avait les moyens nécessaires pour s'enfuir jusqu'à l'étranger, il préférerait obtenir son affranchissement en versant à son maître la somme d'argent nécessaire pour qu'il recouvre la liberté, en vertu de l'institution de Ketabet dont nous avons parlé, car cette institution est beaucoup plus favorable à l'affranchissement des esclaves que les règles établies par les puissances.

Ce n'est d'ailleurs pas dans un sentiment d'humanité que ces dernières ont pris des mesures contre l'esclavage, mais c'est poussées par leur seul intérêt, dans la crainte que l'Afrique ne finît par se dépeupler entièrement.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES FRANÇAIS.

Le Coran. — Traduit par M. KASIMIRSKY.

O. Houdas. — Islamisme, Paris 1904.

Sawas Pacha. — Théorie du droit musulman, 2 vol. Paris. 1898-1902.

Grand dictionnaire encyclopédique.

Joseph Cooper. — Un Continent perdu, traduit de l'anglais par M. ED. LABOULAYE. Paris, 1876.

Baudry-Lacantinerie. — Précis de droit civil français. 3 vol. Paris, 1912.

Tohfat d'ebn Acem. — Traité du droit musulman, traduit et commenté par **O. Houdas** et **F. Martel**. Alger, 1882.

A. Carpentier. — Codes et lois, 2 vol. Paris, 1914.

Sauser-Hall. — Méthode et fonction du droit comparé. Genève, 1913.

Bulletin de la société de législation comparée.

Beccaria. — Traité des délits et des peines, traduit de l'italien par M. C. D. L. B., Paris, 1773.

André Mallarmé. — Organisation gouvernementale de l'Algérie. Paris, 1901.

Albert Hugues. — Nationalité française chez les Musulmans de l'Algérie. Paris, 1899.

Code civil et **pénal du judaïsme**, traduit sur l'original chaldéo-rabbinique par JEAN de PAULY. Paris, 1899.

OUVRAGES PERSANS.

Cheikhé Béhaï — Djaméé Abbassi.

Zoka-el-Molk. — Histoire de la Perse. Téhéran, 1901.

Recueils des lois du Parlement de la Perse.

Procédure civile. Téhéran, 1912.

M. Démorgny. — Cours pratique du droit administratif.

OUVRAGES ARABES.

Cheikhé Mortéza. — Rassael.

Mohaghegh. — Charaïé.

Le Chahid II. — Charhé-Lomé.

TABLE DES MATIÈRES

ANGOULÊME
Imp. L. COQUEMARD et Cie
42, RUE FONTAINE-DU-LIZIER, 42